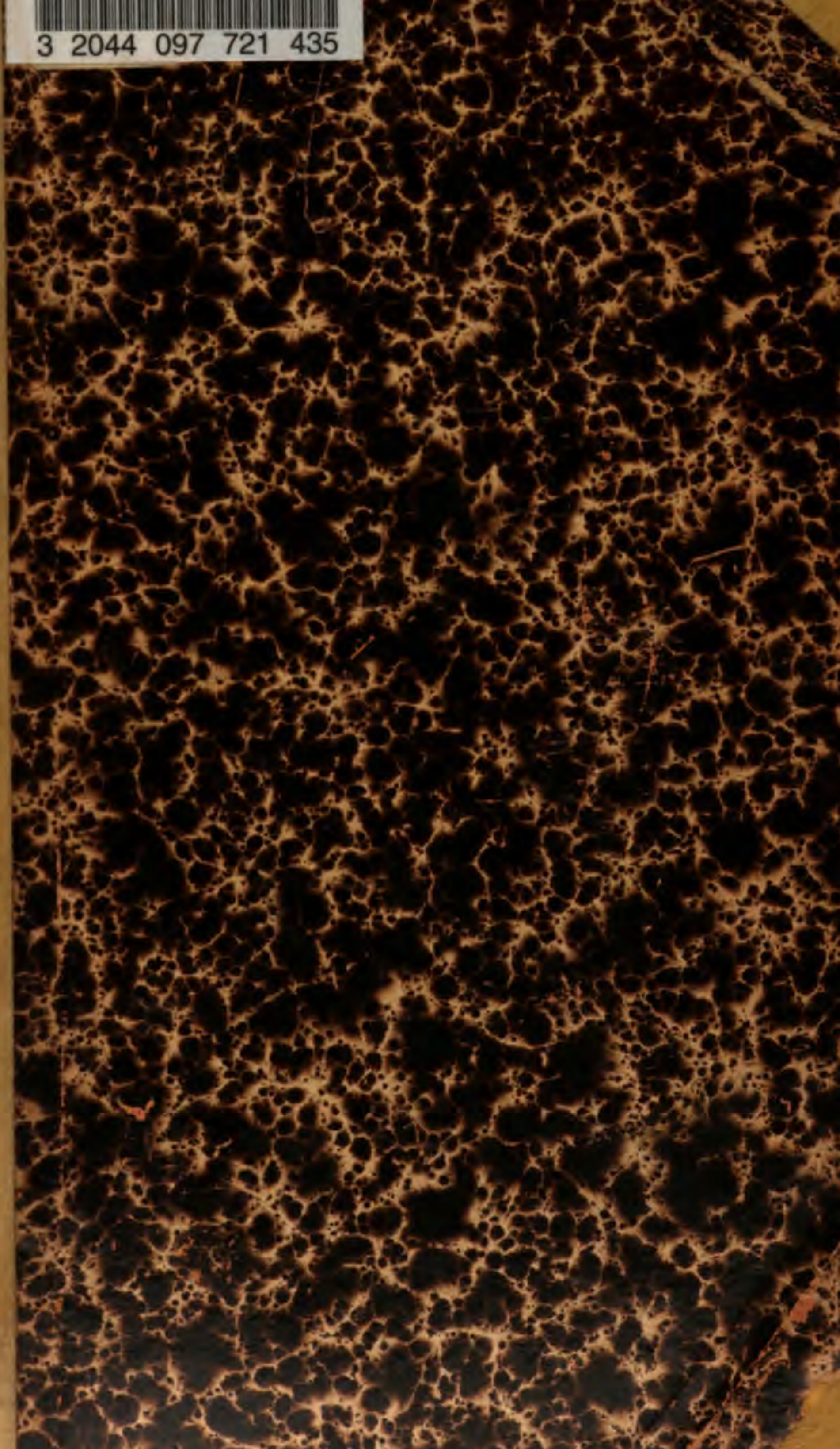
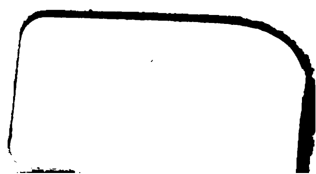

3 2044 097 721 435





PRAELECTIONES

IN TEXTUM IURIS CANONICI

DE IUDICIIS ECCLESIASTICIS

IN SCHOLIS PONT. SEM. ROM. HABITAE

A

MICHAELE LEGA SAC.

IN CURIA ROMANA ADVOCATO

D. SECRETARII S. CONG. CONCILII AUDITORE

DE IUDICIIS ECCLESIASTICIS CIVILIBUS

Lib. I. - Vol. I.

ROMAE

TYPIS VATICANIS

1896

IUVENIBUS LECTISSIMIS

IURI CANONICO

OPERAM NAVANTIBUS

IN LYCEO PONTIFICII SEMINARII ROMANI

Hoc opus editurus, quod est in more positum, animum adieci ut eidem alicuius insigne inscriberem nomen, cuius auctoritas et ornamento esset et praesidio. Haec cogitanti, multi quidem occurrebant animo viri, virtute et dignitatis gradu praestantes, qui sui nominis claritate tenue vel obscurum opus clarere facile iuberent. Mox vero animo reputans huius cuiuscumque laboris initium, progressum, exitum, plane sensi, Vos, Adolescentes, optimo sane ac vestro proprio iure has praelectiones Vobis vindicare. Etenim si iisdem manus admovi, si non mediocri animi alacritate diu adlaboravi, id mihi a Vobis repetendum videtur, a desiderio nimirum quo has excipiebatis, ita ut quotidie mihi stimulos adderetis, atque in disceptationibus enucleandis et dilucidandis menti obversaremini, suadentes ne laboribus, ne inquisitionibus parcerem, sed vestro studio, quantum in me esset, facerem satis. Hoc opus igitur mihi est quodammodo vobiscum commune.

Quae cum ita sint, ne sub ipsum exordium, quum Iudicii leges me profitear traditurum, illud iuris pessumdem principium quod iustitiae caput est, *unicuique ius suum tribuendum*, Vobis hoc qualecumque opus adiudicare debeo et addicere: id quod facio libentissime. Vos ergo hunc Iudiciorum commentarium dicatum Vobis et commendatum habeatis qui nunc primum Rempublicam Iuris ingreditur. Oro Vos atque obtestor, ut in Iurisprudentiae Ecclesiasticae studium enixius incumbatis, et hanc magnopere provehatis. Hoc pacto, ego confido apud sapientes viros veniam mihi fore qui operis tenuitatem finis praestantia excusent.

Faxit Deus ut omnia ex votis optatisque succedant, ad Suipsius gloriam, ad catholici nominis laudem et ad Nostrae Universitatis Studiorum decus et incrementum.

PROOEMIUM

§ 1. *De methodo tractationis.*

In nostris scholis, nonnullis abhinc annis, in exponendo textu iuris canonici, ordini legali praeferri coepit ordo logicus quippe magis accomodus doctrinae canonum tradendae. Qua de methodo aliquid in antecessum explicare praestat; sed quam brevissime, tum in genere quoad omnem textus can. partem, tum in specie quoad eam quam nobis exponendam proponimus (1).

Equidem ordinem logicum non opponimus ordini legali, utpote non logico seu a quacumque scientiae ratione alieno, sed eo respectu quo omnibus in confesso est, canones in codicibus fuisse digestos non iuxta doctrinalem materiae ordinationem, sed magis ratione historica et practica. Re sane vera, quin ingrediamur historiam collectionum decretalium earumque instituamus examen, quod ad scholam institutionum can. pertinet, sufficiat innuere, Decretalium Collectores vestigia Codicum legum romanarum pressisse, sibi in primis praestituentes in unum corpus colligere quaquaversus vagantes incertas leges ut eae quae hactenus vigerent ab abolitis et obliteratis, ipsa Principis auctoritate, secernerentur.

(1) Qui de methodo plura cupiat cognoscere, adeat *Praenotationes Canonic.* Ioannis Doviatii (Doviat); et *Prolegomena Iuris Can.* in Inst. Can. — Maschat; item commentarios Petri Baldi S. I, (*In corpus iuris canonici Commentarius de vera et propria operis oeconomia*) et Pirhing (Ius Can.) qui in Prooemio § 4 de methodo disserit et dat rationem quare recesserit ab ordine legali *Capitum* et servaverit legalem *Titulorum* ordinem.

Quamobrem si veteres sapientissimi legum Collectores, de logica canonum ordinatione non admodum fuerunt solliciti, hoc potissimum consequutum est ex proposito Legislatoris, quammaxime remoto a Doctoris instituto.

Namque Legislatoris est (nempe Principis), quum lex edi debeat, eamdem clare concipere et exprimere; quum vero leges, in vulgus editae, in magnum excreverint numerum atque dispersae vagentur et incertae, neque facile appareat, quaenam adhuc moribus contineantur, quaenam in desuetudinem abierint; Eius est codicem redigere quo certae tantum comprehendantur leges, ceteris omnibus non ibi insertis authentice repudiatis. In hoc opus, inter alios, Iustinianus Imperator, Gregorius IX incubuerunt, quorum alter in Const. *Rex pacificus*, suam evulgans Decretalium Collectionem, hanc reddit rationem: « *Sane diversas Constitutiones et Decretales Epistolas Praedecessorum Nostrorum in diversa dispersas volumina quarum aliquae propter nimiam similitudinem et quaedam propter contrarietatem, nonnullae etiam propter prolixitatem, confusionem inducere videbantur, aliquae vero vagabantur extra volumina supradicta quae, tamquam incertae, frequenter in iudiciis vacillabant* ».

Quamobrem Principis intentioni iam respondit codex, universos praeseferens canones vim legis habentes, quorum ordinatio potissimum ingenio et Collectoris industriae relinquebatur. - Hoc vero sub aspectu B. Raymundi opus, non parum praestat Tribuniani Digestis. - En Legislatoris scopus.

Ea contra, Doctoris est non tantum singulas exponere leges, earumque explicare *litteram;* sed *spiritum* intimius perscrutari. Verbis enim vel singulis attente ad trutinam revocatis, adhuc silet vox legis donec altius repetatur ratio cui *littera* inhaereat, unde vitam et spiritum ducit. - Siquidem quodcumque iuridicum institutum incertum est et vacillans, quousque fundamenta non pateant, videlicet principia, quibus innititur et in-

formatur. His vero perspectis, iam clare conspicitur legum intentio et ambitus. - Etenim leges ita eduntur, ut perpauca verba innumeros pene amplectantur casus, specie aliquantisper diversos, qui verborum circuitu contineri non valent, sed ratione legis comprehenduntur, suapte natura universalis ad instar principiorum.

Haec autem ad scientiae regulas exacta et explicata, enucleantur in scholis, non in codicibus. Codices vero, profundius a Iurisconsulto examinati, pandunt et subministrant iuris positivi principia; sed non ipsi conceptis exprimunt verbis. Nam celebre effatum (1): « *Omnis definitio in iure civili periculosa est; rarum est enim quod perverti non potest* » tenet Legislatorem, non iuris Doctorem.

Quocirca iudex qui pro tribunali sedebit, prae manibus gerens legum codicem quem prudentissime recolat et applicet singulis casibus diiudicandis, antea sederit oportet in scholis attenteque audierit iuris Doctorem, ab eius ore percipiens supremas legum rationes quibus manuducetur ad expediendas implicatissimas et perobscuras litigantium controversias. - Hoc verum esse vetus et hodierna docet experientia. - Nam ipse B. Raymundus, postquam Gregorii IX nutu et auctoritate Decretales in quinque libros digessit, in sua *Summa* (2) decreta commentatus, non dubitavit, doctorem agens, a legali ordine recedere. Eiusdem aetatis plura alia suppetunt exempla (3).

(1) Est Regula iuris romani, in Tit. *De diversis regulis iuris antiqui.* L. 50 ff. — cf. Reiffenstuel (Ius Can. Univ.) Lib. II, Tit. 19, n. 3.

(2) *Summa*, typ. Sem. Veronensis, 1744 ed. an., divisa in quatuor libros continet fere integram materiam Decretalium; sed ordine admodum diverso a legali digestam, immutatis ipsis rubricis Titulorum.

(3) Prae aliis memorandus est Guillelmus Durandi († 1296) qui post editas Decretales Gregorii IX composuit suum *Speculum iudiciale*, servata materiae logica ordinatione. Opus celeberrimum tota media aetate, locupletatum additionibus Ioannis Andreae. Hic, *ad prooemium V. Plu-*

Hodie vero, quamvis apud excultas nationes codices editi sint non tantum concinna methodo leges inter se ordinantes, sed probe distinguentes unam ab alia legum provinciam, utputa secernentes statuta quibus iura singulorum civium determinantur, a regulis processum iudicialem dirigentibus; nihilo secius Iurisconsultis qui profundos exarant commentarios in huiusmodi codices, solemne est, legali ordine non servato, totam materiam explicare eo nexu quo inter se iuris principia supremaeque notiones connectuntur.

Verum, nostras scholas quod attinet, videtur forsan aliquod facessere negotium earumdem ordinatio, iam pridem constituta. - Siquidem in schola institutionum can., legalis ordo textus iuris non attenditur; sed prima elementa traduntur iuris positivi et huius disciplinae rudimenta; praevia, suapte natura, scholae textus iuris in qua singulae tum veteres tum novissimae iuridicae praescriptiones commemorantur et declarantur. Rem ita refert cl. Cavagnis in *Praefatione Inst. Iur. Pub. Eccl.* pag. v: « .... *in institutionibus ordo scientificus et logicus servatur in dispositione et connexione materiarum; in textu sequimur ordinem decretalium Gregorii IX, qui etsi satis idoneus pro usu forensi, non multum rigorosus est et aliquando materiam eamdem, puta de irregularitate, incommode in titulos, inter se remotos et libros diversos, distribuit* ». Item Iustinianus Imp. delineans suarum Institutionum naturam, asserit has continere « *totius legitimae scientiae prima elementa* » (1); et reapse huc spectant Institutiones Canonicae.

Verum hoc non prohibet quominus in schola textus iuris ea praeferatur methodus qua iuris principia, iam tradita, evol-

rimis (pag. 5, edit. Basileae 1544) longum texit elenchum scriptorum, eadem ratione de Iudiciis disserentium. Sane in hac materia praecipue percepta fuit necessitas tractationis doctrinalis.

Sub saeculo decimo sexto Maranta edidit celebre opus iudiciale, eadem methodo exaratum: *Speculum aureum.*

(1) Iustinianus Imp. in Const. praemissa Institutionibus, § 4.

vantur, aeque servato nexu logico, in singulis enucleandis legum praescriptionibus. Imo hoc facere magnopere iuvat quando, uti docuimus, statutorum ordo legalis nimis distat a logica materiae tractatione.

Praeterea hodie haec methodus eo magis commendanda videtur quia omnium animos, etiam Ecclesiae Antistitum, pervasit opinio, veterem canonum collectionem admodum immutatae Ecclesiae disciplinae non amplius respondere, iamque codicem comparandum esse quo aptiore ordine inserantur leges hodiernis moribus accomodatae, claris et expressis verbis conceptae, ad instar codicum, passim a civili auctoritate editorum. - In Concilio Vaticano Patres unanimes expostularunt canonum reformationem et plures huiusce generis codicis ordinationem se exoptare significarunt; postremis vero hisce temporibus, privatorum Doctorum industria, in vulgus prodierunt libri inscripti: *Codices Legum Ecclesiasticarum*, utpote qui canonum statuta, brevibus articulis digesta, inter se congrue ordinata, exhibent (1). Hisce viris sane non mediocris debetur laus: attamen, si quid opinor, huiusmodi proposito, codicis nimirum taliter condendi, melius inserviunt qui in suis tractatibus, ecclesiasticam disciplinam hodie vigentem copiose et distincte pertractant, sedulo docentes quonam iuridico gressu e veteri vel obsoleta effluxerit et quasi eruperit, quacum intima connexione usque devincitur. Novum enim codicem quod attinet, non labor, non opus est in colligendis canonum fragmentis; sed in tot legum farragine ita disquirenda, ut quid adhuc iuris sit pateat, quidque magis, pro temporum ratione et ecclesiasticae disciplinae intentione, expediat in legem revocare, confirmare aut inducere (2).

(1) Speciali mentione et laude dignus est *Codex Sanctae Catholicae Romanae Ecclesiae* confectus et explicatus ab Henrico Maria Pezzani. Ipsius operis iam exierunt quatuor ponderosa volumina.

(2) Ceterum quaestio de codificatione, et quaestio de methodo servanda in commentariis iuris can. inter se toto coelo distant.

Demum quod ad methodum nostram, ne aequivocationi fiat locus, duo advertenda sunt.

Primo, quamvis a legali ordine discedamus, tamen profitemur nos textum iuris, non secus ac antea, interpretari, exponentes ius decretalium cum additionibus iuris novissimi. Proinde quaestiones, quantum fieri poterit, inscribemus iisdem rubricis titulorum decretalium, et sub inscriptione quaestionis recensebimus titulum aut titulos decretalium, ea de re disponentes nec non recentiores praescriptiones, illuc spectantes.

Secundo, quum heic non de iure constituendo, sed agamus de iure constituto; ipsum legalem ordinem diligenter perpendemus et magni faciemus ad explorandam Legislatoris voluntatem. Quippe eadem canonum materialis ordinatio, aliquoties exprimit eiusdem legis intentionem. Unum proferemus exemplum, rem nostram respiciens. Quia Gregorius IX, Libro II *De Iudiciis* agenti, praeponit in fine Libri I Titulos *De Pactis*, *De Transactione*, *De Arbitris*, scilicet explicat modos pacificae litium compositionis, sufficienter se intendere significavit ut contentioni iudiciali concordiae praeiret experimentum. Quae Principis intentio, sane ipsum afficit ius positivum; quanam vero in mensura, suo loco, videbimus.

§ 2. *De hac methodo in specie quoad rem iudicialem.*

In rem nostram iudicialem specialis urget consideratio. Nam in materia ordinationis iudiciorum, quispiam forsan mirabitur, posse nos habitum et scientiae rationem processui iudiciali tribuere, quum huius generis regulae potius procedere videantur ab usu forensi et a praeceptis iuris positivi, quam ab aliquo profundiori et altiori iuridico principio. Quandoquidem, ex vulgari praeiudicio, huiusmodi legum, processum iudicialem ordinantium, notitia Apparitoribus dumtaxat aut Pragmaticis accomoda censetur seu necessaria; sed plane indigna studii Iurisconsulti.

Eo sensu quo Cicero (*De Orat.* I, 55) Pragmaticorum suae aetatis munus referebat: « *Leguleius quidam cautus et acutus, praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum* ». Atqui diversimode res se habet, uti patet huius partis legislationis *officium* et *relationes* consideranti.

Officium est, iura tueri singulorum, interpretando leges easque applicando inter cives, hinc inde de earum vi et intentione contendentes; violentias, fraudes malorum hominum prohibere, compescere; crimina, maleficia inquirere, detegere, publice arguere ut scelesti debitas luant poenas. Quod obtineri nequit absque maxima iuris prudentia; quia ordinatio iudiciorum dum viam aperire intendit facilem, expeditam defensioni, aut iurium vindicationi; non minori sollicitudine caveat necesse est, ne obtentu defensionis vel legitimae vindicationis, iurium deturbetur tranquilla fruitio; neve probi cives, malorum dolo et machinatione illegitimis instantiis aut calumniosis inquisitionibus et accusationibus exagitentur. Quapropter haec bona assequentur optimae leges iudiciales; res iuraque protegent et pacifice sinent possideri, sed vicissim civibus permittent, iudiciali instantia, quae sibi competunt ab aliis repetere; et res quibus alii fruuntur sibi vindicare, in iudicio comprobando suas esse, non alienas.

Gravius sane est negotium in criminalibus iudiciis, quibus ipsae civium insontium personae defendendae sunt; sontes vero sunt ita caute persequendi, ut, detectis criminibus, legitimas dent poenas.

Quod vero ad *relationes*, advertendum est has haberi a iure iudiciali tum ad ius privatum, tum ad ius publicum.

Nam in materia iudiciorum debet distingui ipsa iudicum ordinatio, ab ordinatione processus iudicialis. At vero, iudicum ordinatio spectat ad ius civitatis publicum; quum isti publicam potestatem iudicandi, qua pollent, inter cives, a iure publico recipiant. Porro ius civitatis publicum potestatem iudicandi determinat, hanc debitis limitibus et normis constringendo, nec

non ipsos iudices in certo gradu et ordine distribuit in hierarchia gubernationi societatis propositae.

Hierarchia iurisdictionis explicatur, data opera, in tractatu *De Personis;* quare, in genere, conclusiones huius tractationis supponimus; sed nonnullas praestat in re nostra recolere, nonnullas etiam pressius rei nostrae accomodare: utputa ea quae in hierarchia iurisdictionis se referunt ad institutum appellationis, nimirum ad provocationem a iudice inferiore ad superiorem. Item iurisdictionis, scilicet potestatis iudicandi notio peculiariter consideranda est, praecipue sub aspectu *competentiae.*

Cum iure autem positivo privato intimius connectitur iudiciale ius; quia hoc illius est veluti complementum et via ad illud in casibus dubiis aut controversis interpretandum et applicandum. Quocirca instituta iuris positivi, tum civilis, tum criminalis, quam maxime influunt in rationem ordinationis iudiciorum civilium et criminalium.

Hac de causa in antiquis legum et canonum collectionibus amico foedere in unum corpus copulabantur ius publicum, ius privatum civile et criminale; itemque ius iudiciale, civile et criminale. Certe istae partes uti distinctae habendae sunt, atque progressui legislationis tribuendum est quod hodie solent a civili auctoritate distinctae in diversis codicibus referri; sed omnino perverterentur, si quasi disiunctae et inter se alienae haberentur (1).

(1) In Statu Pontificio Pontifices Pius VII et Gregorius XVI fuerunt maxime solliciti de reformandis legibus civilibus et appositos ediderunt codices. Pius VII, post celebre Edictum diei *6 Iulii 1816,* quo per suprema lineamenta designabatur propositum Reformationis Status Civilis, edidit *Codicem Procedurae Civilis,* die 22 Nov. 1817. In Prooemio inter alia sapientissime dicta, memoratur « ... *la gran massima che dichiara ottime quelle leggi che attribuiscono il minimo possibile arbitrio ai Giudici, ed ottimi quei Giudici che attribuiscono il minimo possibile arbitrio*

§ 3. *De fontibus iuris iudicialis canonici.*

Iuri canonico, etiam prae Romanorum iure, laus debetur, quippe optimam et pene perfectam instauravit iudiciorum ordinationem; quod fassi sunt non tantum utriusque iuris Commentatores, sed luculentissime comprobavit praxis Tribunalium Civilium, quae methodum canonici processus ultro receperunt, prout testatur Devoti (*Inst. Can. Lib. III, Tit. I n. 26*), et Maschat (*Inst. Can. - Prolegomena Iuris Can.*)

Huiusmodi canonicae legislationis pars, teste Abbate in prooemio Lib. II, est *difficillima* et *maxime utilis.*

Sane *difficillima*, ob intimam quam habet connexionem cum institutis iuris civilis Romanorum; quamobrem iuxta materiae distributionem, qua utimur in nostris scholis, non potest praetermitti tractatio *de Actionibus*, pluribus quidem quaestionibus et inquisitionibus implicata.

Sed plane *utilis:* siquidem quodcumque legislationis corpus absque legibus processus iudicialis, posset commode comparari

a loro stessi ». Alii codices quos condere proposuerat Pontifex, editi non sunt; sed per plura decreta iustitia administrativa et iudicialis melius ordinata fuit. Gregorius XVI, premens vestigia Edicti *diei 6 Iulii 1816*, anno 1831 evulgavit *Codicem Procedurae Poenalis*; et insequenti anno alium codicem, inscriptum: *Regolamento sui delitti e sulle pene.* Dein in *Motu proprio diei 20 Nov. 1834* prodiit Codex Civilis idemque Iudicialis, ubi plura reformabantur de processu iudiciali, statuta a Codice cit. Pii VII; et inscribitur: *Regolamento Legislativo e Giudiziale per gli affari civili.* In iure publico Status Pontificii magni momenti fuit Decretum, editum anno 1842, cui titulus: *Regolamento di giustizia criminale, e disciplina militare*, quo vehementer condemnatur et prohibetur commercium servorum vulgo: *tratta dei neri.* Ad hoc revocantur Decessorum Pontificum Constitutiones et ampliantur. — Demum, pro re nostra, advertere praestat, peculiari cura a Pontificibus materiam iudicialem pertractatam fuisse ob eius gravitatem.

corpori, cruribus destituto, seu facultate se movendi; quum leges sortiantur suam executionem, etiam in casibus dubiis et litigiosis, per ministerium potestatis iudicialis.

Leges, processum canonicum dirigentes, partim reperiuntur in corpore iuris, aliae extra vagantur; videlicet praescriptiones iuris novissimi; aliae demum hauriendae sunt a codice legum romanarum. Etenim, quamvis canones admodum perfecerint processum iudicialem; tamen propriam indolem secuti, aliquas praetermiserunt praescriptiones, easdem mutuantes a iure romano; iuxta celebre principium, ita enunciatum a Lucio III in cap. 1, *De nov. oper. nunciat.* X (1) « *Sicut leges non dedignantur sacros canones imitari; ita et sacrorum statuta canonum Principum constitutionibus adiuvantur* ». Et adverti debet hoc servandum esse, etsi ius romanum amplius non vigeat, qua ius civile civitatis, neque ius canonicum aliquam illius praescriptionem expresse suam fecerit seu *canonizaverit.* Viget enim usque regula, canones suppleri a legibus romanis (2).

Quod maiori diligentia perspici debet quia hoc principium hodie videtur non posse applicari iuri romano in aliis materiis pure civilibus, pro locis ubi istud amplius non viget. Au-

(1) Semel pro semper advertimus nos per hanc Litteram *X* indicare Decretales Gregorii IX, quas simplici hoc signo distinguemus a Sexto Bonifaciano, a Clementinis etc. De usu huius litterae et de aliis siglis cf. Maschat, *Proleg. cit.* § 6.

(2) Quare, pro Statu Pontifieio Gregorius XVI in suo codice: *Regogolamento legislativo e giudiziario* etc. §§ 399 et 1707 expresse debuit edicere normas ibi editas observandas esse etiam in curiis eccles. pro causis civilibus. Aliter vero fuit statutum de legibus, latis pro tribunalibus laicis in causis criminalibus, *ex Decreto diei 15 Dec. 1834*, § *16;* edito a S. Cong. EE. et RR. Verumtamen Codex gregorianus qui uti lex haberi non potest in iure ecclesiastico; utiliter a iudice in curiis eccl. prae oculis habetur uti *regula prudentialis* seu norma ad rite conficiendos processus. Hoc sensu late citatur laudatus codex in causa *Oritana diei*

diantur haec verba cl. D'Annibale: (I, 201) « ... *quod iuri canonico deest suppletur ex iure civili. Non quidem romano quod olim viguit, sed eo quod nunc viget; praeterquam si agatur de his legibus quae in ius canonicum translatae sunt quippe quae non amplius leges, sed canones dicendi sunt* ». Intelligi autem debent in canones translatae non tantum eae leges romanae, iam inter canones recensitae, sed etiam illae respicientes materiam iurisdictioni ecclesiasticae necessario subiectam, quam ius ecclesiasticum suis edictis non moderavit, veluti *praescriptionem* quoad bona Ecclesiae patrimonialia; quod institutum ius can. desumpsit a iure romano. Quare Benedictus XIV (*De Syn. Dioec. Lib. 9, c. 14, n. 1*) in genere loquebatur de *legibus saecularibus* advertens: « *Eiusmodi leges, si rem spectent pure profanam neque ulla ex parte sacris canonibus adversantur, tacite approbatae videntur in cap. 1, de nov. op. nunc. X* ». Quocirca in curiis ecclesiasticis hoc attendendum est potissimum. quoad iura clericorum *civilia;* si enim iure vigenti in suis locis non uterentur clerici, quomodo inter cives contractus iniret aut susciperent obligationes? (1).

Sed iudicia ecclesiastica quae ordinantur ab ecclesiastica potestate, iam suam habuerunt formam omnino propriam, ae-

19 Ian. 1889 agitata in S. Cong. Concilii. - Eadem de ratione, Instructiones, ad processus instruendos datas, pro certis locis et certis causis, nos aliquando citabimus, videlicet, Instructionem Austriacam editam a Card. Rauscher pro causis matrimonialibus; Instructionem datam a S. Cong. De Prop. Fide ad Foederatorum Statuum Americae Sept. Ordinarios, (vide *in ephemeride Acta S. Sedis V. 18, p. 369*); et ad eosdem Ordinarios Instructionem datam circa modum servandum in causis criminalibus et disciplinaribus clericorum relatam in appendice Concilii Baltimorensis III (1884) cum aliis Instruc. a Cong. de Prop. Fide editis.

(1) Bouix in tractatu *De Iudiciis Eccles.* in part. I, cap. 4, pag. 19 non sufficienter attendit auctoritatem iurium civilium vigentium in re mere civili, quando ait absolute, ius canonicum suppleri *exclusive* a iure romano civili.

qualem ubique servandam, quippe seiunctam a methodo procedendi, dein inducta apud diversas gentes. Propterea processum canonicum evolvimus et probamus, citantes canones et, in subsidium, leges codicis romani.

§ 4. *De divisione tractationis.*

Ex dictis facilis sequitur tractationis partitio.

Quia iudicia alia sunt civilia, alia criminalia, sponte fluit totius tractationis suprema divisio in duos libros, in quorum primo agitur *de iudiciis civilibus:* in altero *de iudiciis criminalibus.* Tractatui *de iudiciis criminalibus* praemittemus brevem tractationem *de criminibus* et *de poenis*, circa quae versantur iudicia criminalia.

De iudiciis civilibus tractationem instituimus, tum *generalem*, tum *specialem;* quare librum primum dividimus in duas partes. Secundum librum in tres dispescimus partes; et in prima disseritur *de criminibus* et *de poenis;* in secunda *de iudiciis criminalibus in genere;* in tertia de iisdem *in specie.*

Hoc sedulo advertatur. Quamvis in primo libro, data opera, tractabimus de iudiciis civilibus, tamen, explicata aliqua praescriptione aut notione processus iudicialis, adiiciemus explicationem appositi praecepti aut principii iudicii criminalis, quando hoc suadebit subiecta materia. Hoc facilius occurret in explicandis *Prolegomenis* quae praemittimus tractationi de processu iudiciali civili. Ita universa tractatio fiet brevior et concisior, evitatis repetitionibus. Praeterea saepius explicari bene non potest aliquod institutum iuris iudicialis criminalis, aut saltem non ita distincte percipitur, nisi comparetur cum relativa iudicii civilis lege. Tunc huiusmodi statuta, ideo inter se comparata, melius distinguuntur et mutua luce collustrantur. At hoc fiet raro et obiter, quocirca tractatio suam non mutat speciem.

Prima pars quam nunc, Deo opitulante, aggrediemur, di-

viditur in quatuor Sectiones; in prima tractantur *Prolegomena in iudicia ecclesiastica;* in secunda agitur: *De iudicii introductione et instructione;* in tertia: *De iudicii definitione;* in quarta demum: *De sententiae executione.* Sectiones in Titulos dividimus; Titulos, quando opus sit, in Capitula et Paragraphos.

Prima Sectio in quinque Titulos dispescimus. Primus inscribitur: *De modis ad litem componendam legitimis;* secundus: *De personis in iudicio ecclesiastico partem habentibus;* tertius: *De actionibus et exceptionibus;* quartus: *De competentia fori;* quintus: *De generalioribus regulis in processus iudicialis ordinatione servandis.*

LIBRI I.

PARS I.

De Iudiciis Ecclesiasticis Civilibus in genere.

SECTIO I.

Prolegomena in iudicia Ecclesiastica.

TITULUS I.

DE MODIS AD LITEM COMPONENDAM LEGITIMIS

Summarium. — 1. Controversiae in neg. civ. iuris privati dirimuntur publica vel privata auctoritate. — 2. Auctoritate privata, per Transactiones et per Arbitros. — 3. Publica auctoritate, per Iudicia. — 4. Ius can. magnopere favit pacificis litium compositionibus. Probatur historiâ. — 5. Delibatur praxis hodierna etiam quoad forum saeculare.

1. Ad Rubricae intellectum advertatur, litis vocabulum sufficienter declarare, nos modo agere potissimum de controversiis circa negotia civilia iuris privati componendis per modos legitimos, idest a lege positiva constitutos vel saltem approbatos. Inquam *iuris privati;* ad excludendas contentiones iuris publici quae vel armis dirimuntur *in bellis*, vel amico foedere resolvuntur per *pacem* conventam. Has quaestiones prae oculis habuit Collector Decretalium, inscribens *Titul. 34*, *Lib. I*, *X*, *De Treuga et Pace* (1). Alii qui immediate subsequuntur Tituli,

(1) Treuga (seu *Armistitium* seu *Induciae*) inducta fuit ut certo tempore cessarent agitationes armorum in bellis. Decretum Lateranensis Concilii IV, relatum in *cap. I*, *X*, *h. t.* ait: « Treuga a quarta feria post

agunt de quaestionibus iuris privati, quae per *pacta* aut per *iudicia*, componi valent.

Iamvero in libro II Decretalium explicatur materia iudiciorum: in titulis autem postremis libri I, praeter alias notiones praevias iudiciis, determinatur modus pacificae litium compositionis.

2. Namque lites quae in huiusmodi negotiis excitantur, duplici via resolvi possunt; nempe vel *privata* vel *publica auctoritate.*

Privata auctoritate lites dirimuntur per pacta seu conventiones, prouti edicit in genere, *Tit. 35, Lib. I, X, De Pactis:* quae in re nostra in duas species dispescuntur; quarum altera habetur:

occasum solis usque ad secundam feriam in ortu solis; ab adventu Domini usque ad Octavam Epiphaniae et a Septuagesima usque ad Octavam Paschae, ab omnibus inviolabiliter observari praecipimus ». Concilia particularia in Gallia iam pridem huius generis praescriptionem edixerant. Probant eruditi hanc legem latam fuisse in bella domestica, quae excitabantur a vindicta sumenda inter familias et familias et inter oppida: cf. Devoti *(Ius Can. Univ. h. t.)* et Du Cangium (*Gloss. med. et infim. lat.* V. *Treuga* et V. *Treva* et V. *Faida*). Has inimicitias sumere, dicebant *faidam levare.* Ecclesia nunquam approbavit huiusmodi bella domestica sed compescere tunc non poterat; hinc studuit temperare et emollire. Vestigium huius violentis moris habemus in *Duello.* - Intentio vero tituli fuit moderari etiam bella, publica auctoritate suscepta: tunc enim omnia iura privata et publica ita commiscebantur, ut impossibile esset haec probe secernere. Immutato iure privato et publico civitatum, hae leges necessario in desuetudinem abierunt. - Titulus autem inscribitur *De Treuga et Pace* non solum ut pax inita custodiatur, finito bello; sed ut certae personae ipso tempore belli, pace et securitate fruerentur; praesertim clerici omnes et agricolae *arg. cap. 2, h. t.* - Alii duo tituli qui habentur in *Lib. V, X,* huc referendi sunt; nempe *Tit. 13, De Torneamentis,* ubi prohibetur arma et manus conserere, ad spectaculum; et *Tit. 15, De Sagittariis* qui uti ait *cap. unic. h. t., artem mortiferam et odibilem* exercebant, iaculando sagittas aut saxa ex arcubus et ballistis: cf. Commentatores in hunc titulum.

1) quando partes, de quodam negotio contendentes, inter se amice propria iura conciliant et compensant; quae *Transactio* appellatur, et de *Transactionibus* inscribitur *Tit. 36, Lib. I, X.* Practice in foro huiusmodi conventio vocari solet: CONCORDIA. -

2) altera vero, quum partes conveniunt de remittenda controversiae solutione arbitrio viri prudentis qui pro bono et aequo litem componat; et tunc partes dicuntur compromittere in arbitrum vel in arbitros; iuxta *Titulum 43, Lib. I, X,* inscriptum: *De arbitris.*

3. Publica auctoritate lites dirimuntur per iudicis ministerium. Namque aliquoties partes amice nesciunt vel nolunt convenire, vel etiam ius ipsum positivum non sinit, certis in casibus, cives privata auctoritate quaestiones magni ponderis resolvere et definire. Tunc ad publicam iudicis auctoritatem recurrendum est. Negotia, inter alia, quae, suapte natura, effugiunt privatam auctoritatem sunt causae criminales; quia crimina, utpote publicam tranquillitatem deturbantia, maxime intersunt reipublicae et in publicam recidunt animadversionem. An vero privata conventio, aliquando, in huiusmodi re admittenda sit, infra videbimus.

Quare iudicii ratio, quatenus a pacifica conventione discriminatur, continetur, cum primis, in publica auctoritate qua utitur Magistratus cui parere necesse est, semel ac partes ad eum litem detulerint.

Sed cavendum erat, quantum fieri poterat, ne publica auctoritas iura privata pessumdaret, aut negligeret; quamobrem, ne malitia vel iudicis error iuribus contendentium irrevocabiliter praeiudicium pareret, statutum fuit ut a sententia iudicis, ad superiorem iudicem appellari posset: inde institutum *appellationis*, deductum ex ordinatione iudicum in hierarchia ecclesiastica. - Ad dolum et errores praecavendos in quacumque instantia, certae regulae statutae sunt pro legitima litigantium

tutela et veritate commode detegenda: en leges *processus iudicialis*, quibus subesse debent iudex, actor et reus, nec non causa de qua agitur; haec enim sunt, nempe *iudex*, *actor*, *reus* et certa *causa*, iudicialis contentionis elementa essentialia.

In pactis vero conventis, attenditur tantum paciscentium voluntas, quae tamen et ipsa certis legibus parere debet; quare singillatim agendum erit de *Transactionibus*, et de *Arbitris*.

4. Cum reipublicae expediat lites perpaucas esse, easdemque expeditiore ratione definiri, patet quod ius positivum maxime favere debet his pacificis litium compositionibus.

Ius canonicum magnopere, prouti Ecclesiae indoles expostulabat, studuit hoc in mores inducere populorum. Iam Divus Paulus in celebri textu *Epist. 1.ae ad Corinthios cap. 6* (1), inculcabat ut fideles a forensibus litigiis, quo magis fieri posset, abstinerent; ad controversias vero dirimendas quasi arbitros eligerent inter se sapientiores, evitatis ethnicorum iudiciis. - Cuius praescriptionis duae erant rationes; altera *extraordinaria* pro status infidelis conditione, quippe dedecebat christianos ab ethnicis iudicari; altera *ordinaria* qua, in universum, consulitur ratio pacificae compositionis in negotiis litigiosis. - Apostolicum praeceptum, uti par erat, in mores pertransiit christianorum; praesertim accedentibus Constantini et Theodosii Imperatorum constitutionibus, quibus fidelibus via sternebatur facilis executioni huiusmodi mandati. In Cod. Theodosiano (*Lib. 16, Tit. De Episc. aud. l. 1*) refertur Constantini constitutio: *De*

(1) Haec sunt verba: « Audet aliquis vestrum, habens negotium adversus alterum, iudicari apud iniquos et non apud sanctos? An nescitis quoniam sancti de hoc mundo iudicabunt?.... Saecularia igitur iudicia si habueritis, contemptibiles qui sunt in Ecclesia, illos constituite ad iudicandum. Ad verecundiam vestram dico. Sic non est inter vos sapiens quisquam qui possit iudicare inter fratrem suum? Sed frater cum fratre iudicio contendit et hoc apud infideles ».

episcopali iudicio quam Sozomenus ita commemorat: (*Histor. I. 9*) « *Illud est maximum reverentiae Imperatoris argumentum quod illis qui erant in iudicium vocati, dedit potestatem, si modo animum inducerent, magistratus civiles reiicere, ad Episcoporum iudicia provocandi* ». Hoc permisit Imperator, non modo si ambo convenissent; sed etiam altero dissentiente, et instantia apud iudices civiles iam incoepta. Ab huiusmodi Episcopi sententia appellari non licebat ad iudices laicos; sed ab his habenda erat uti irrevocabilis et executioni demandanda erat, adhibita etiam vi militari (*Sozomenus l. c.*) (1). Dein provocationis ius recognitum fuit, dummodo utraque pars consentiret. Lex 7 Cod. Iust. *De episcopali audientia* etc. decernit: « *Si qui ex consensu apud sacrae legis antistitem litigare voluerint, non vetabuntur sed experientur illius, in civili duntaxat negotio, more arbitri, sponte reddentis iudicium* ». Item sequens *lex 8, C.*

Huic operi insudasse Divum Ambrosium testatur Augustinus (*Confess. Lib. 6, c. 37*). « Secludentibus me, (aiens), ab eius aure et ore, catervis negotiorum hominum quorum infirmitatibus serviebat ». De seipso autem Augustinus haec habet: (*De Oper. Monach. cap. 3*) « Quantum attinet ad meum commodum, multo mallem per singulos dies, aliquid manibus operari et caeteras horas habere ad legendum et orandum, quam tumultuosissimas perplexitates causarum alienarum pati de negotiis saecularibus vel, iudicando, dirimendis, vel, interveniendo, praeci-

(1) Hanc legem retulit Gratianus in Decreto (*c. 35, 36, 37, caus. 11, q. 1*); et Correctores Rom. *ad can. 35* notant, e Cod. Theodosiano pertransiisse in Capitularia Caroli Magni, et sub nomine Imp. Theodosii in Collectiones Anselmi et Ivonis. Eadem lex excripta fuit a Decreto, in *cap. 13, X, De Iudic.* (II. 1.) ab Innocentio III. - Constantini Imp. Constitutio reperitur inter Constitutiones, editas a Iacobo Sirmundo *Parisiis a. 1631* et hanc authenticam esse docuit Gustavus Haenel *edit. Bonn 1844, pag. 445.*

dendis ». Praeterea inter negotia Synodis Dioecesanis delata, illud, nec infimum, fuit componendi more arbitrali iurgia etiam laicorum. Desumitur hoc non obscure a Constitutionibus, ita dictis, Apostolicis *Lib. II, c. 45-51.* Hunc morem viguisse ab Ecclesiae incunabulis, eiusque vestigia reperiri usque ad saeculum X copiose comprobat Benedictus XIV in opere *De Synodo Dioecesana, Lib. 4, c. 2.*

Sane non defuerunt qui, ecclesiasticae iurisdictioni infensi, prave pervertentes huiusmodi historica documenta et praecipue Imperatorum constitutiones, autumarunt, exinde evinci, Episcopos ab initio, pro foro externo, non exercuisse nisi potestatem arbitralem et hanc ex concessione Imperatorum; postea vero, sensim Ecclesiae invalescente auctoritate, sibi vindicasse potestatem vere iudicialem. Non morabimur in refutando veteri sophismate; sed pro nostro scopo sufficit innuere, potestatem arbitralem quam christiani Imperatores sedulo defenderunt et communierunt et Constantinus ampliare curavit, toto coelo distare a iurisdictione vere iudiciali Episcopis propria, et necessaria eademque ab his Principibus religiosissime recognita et defensa. Hanc quaestionem late et solide persequitur Devoti (*Inst. Can. Lib. III. Tit. 1*) magna argumentorum copia refellens adversariorum errorem; sed cl. auctor, aestu contentionis abreptus, forsan non sufficienter advertit, quid nativae Episcoporum potestati arbitrali accesserit ex iure illius aetatis positivo et ex temporum ratione. Sub aspectu practico haec controversiae explicatur in *folio* causae *Civitatis Castelli - Iurisdictionis - die 2 Aug. 1749,* - discussae apud S. Cong. Concilii.

5. Plane partibus integrum erat ad Episcoporum vel Magistratuum civilium aliorumque civium arbitratum recurrere; quare facili negotio intelligitur quomodo, moribus christianorum magis in dies a perfectione christiana recedentibus, fere huiusmodi recursus disparuerint et iudex eccl. et laicus, quisque pro suo foro, incubuerint litibus enodandis processu iudiciali,

nisi antea convenissent partes in pacificam suorum iurium compositionem.

Neque populis ethnicis incognita fuit ratio amice componendi litigia per pacta conventa: Graecis et Romanis magno in honore fuerunt huiusmodi conventiones; quare Romae, prope forum, Concordiae templum dicatum fuit (1). Sed ius can. efficacius, uti vidimus, hunc morem inducere valuit, ob late diffusum in populos charitatis spiritum. - Hodie in legibus civilibus civitatum, sedulo cavetur ut pacificae solutioni controversiarum facilis pateat aditus; ad hoc constitutis etiam officialibus, veluti apud nos *iudicibus conciliatoribus,* vel hoc commisso munere iudicibus inferioribus, ita in Gallia *iudicibus pacis* (2).

Tituli materia iam sufficienter declarata, ad singulos modos descendamus; et de Transactionibus primo sermo sit.

(1) Cf. Sclopis, *Storia della legislazione Italiana*, Vol. I, part. 1ª, cap. VII.

(2) Postquam studium iuris rom. vehementer excitatum, sub saeculo decimotertio, sensim curias civiles pervasit easque, progressu temporis reddidit alienas ab ecclesiastica iurisdictione, forma iudicialis solemniter instaurata, visa est removere a moribus populorum usum amicabilium compositionum, praecipue ministerium potestatis arbitralis. - Meyer, in Opere *Esprit, origine et progrès des institution judiciaires des principaux pays de l'Europe,* probat in Hollandia sub saeculo decimo quinto primum institutos fuisse *iudices conciliatores*, et passim alias Europae nationes hunc morem dein secutas fuisse, quamvis non omnes eadem ratione.

Caput I.

DE TRANSACTIONIBUS (1).

Huc referatur Tit. 36, De Trans. X.

Summarium. — 6. Transactio, sive late sive stricte sumpta, est species contractus et distinguitur a donatione. — 7. Est realis aut personalis: — 8. poenalis et iurata. — 9. De eius subiecto. — 10. De obiecto. — 11. De transactione quoad crimiua. — 12. De effectibus. — 13. De causis rescissionis. — 14. An possint cogi partes saltem ad tentandam transactionem.

6. Transactio (2), ut ipsum vocabulum dicit, est *transire ab actione* seu *ab hac recedere,* et absque iudiciali forma, negotii litigiosi compositionem inire; quod dupliciter fieri potest: vel enim una pars alterius intentioni et petitioni acquiescit ad litem praecidendam aut praeveniendam, vel utraque pars aliquid dat, retinet aut promittit, qua, mutua concessione, iura contendentium conciliantur. *Primo* modo transactio *late* sumitur et est pactio seu contractus gratuitus quae iure can. *compositio amicabilis* appellatur, arg. *cap. 7, h. t. X.* Sed passim, praecipue in foro, vocabula - *transactio, amicabilis compositio, concordia* - in-

(1) Titulus *De pactis* immediate antecedens, pacta seu contractus in genere considerat quatenus pariunt *obligationem* et *actionem;* videlicet correspondet Titulo Iuris Rom. Civ. in Digestis et Codice *De obligationibus et actionibus.* In Libro III, X, agitur etiam de quibusdam contractuum speciebus, prouti per hos rerum dominia acquiruntur aut alia iura comparantur. - Quare Titulum *De pactis* nos referimus ad Titulum *De actionibus.*

(2) Sane contractus transactionis commode suam haberet sedem in tractatione de contractibus; sed iam explicavimus in prooemio § 2, quare huic assignemus hunc locum. In codicibus, uti in Codice iam cit. Gregorii XVI, praescriptiones de pacifica litium solutione solent postponi legibus iudicium ordinantibus. Nos, secuti Gregorii IX intentionem, eas praemittimus.

discriminatim usurpantur. *Secundo modo*, transactio *proprie* et *stricte* sumitur, prouti est *per se certus contractus onerosus, litibus finiendis ordinatus.*

Nos de transactione, *proprie* dicta agimus, quae suum habet obiectum in re dubia et litigiosa. Unde, quia subtilitatibus indulgendum non est, quotiescumque conventio circa rem dubiam et litigiosam non versatur, et contrahentes non intendunt finem imponere liti, iam exortae, aut exorituram praevenire, sed res certas inter se commutare aut alteri donare; tunc non de transactione, sed de donatione aut de alio contractu agitur (1). Verum ipsa transactio, *late* sumpta, quum versetur circa rem iudicii aleae obnoxiam, differt a contractu donationis, quando renuncians liti et rei litigiosae censeatur rem ita aestimasse, ut

(1) Doctores admittunt transactionem esse speciem pacti, sed non conveniunt in assignanda eius differentia specifica. Cf. Devoti *(Ius Can. Univ. h. t. n. 1)*, Cujacium *(In Cod. Lib. 2, Tit. 4, opp. tom. 10, col. 832)*; Schmalzgrueber *(Ius. Eccles. h. t.* § *2)*. Quaerunt enim an transactio sit pactum donationis, an et quomodo ab hac differat. Rem videtur conficere Ulpianus *(in l. 1, ff. De transact.)* aiens: « *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit*; *qui vero paciscitur, donationis causa, rem certam et indubitatam liberalitate remittit* ». Quare pacta circa res dubias et litigiosas, habent naturam transactionis, quia res dubia efficit ut non pateat, an et quid detur. — Ipse vero recessus ab alea iudicii est iam bonum pretio aestimabile, iuxta vulgare effatum, *melior est transactio macra, quam sententia pinguis.* Pluries S. C. Concil. censuit ipsum recessum a lite esse sufficiens motivum pro adprobanda transactione vel fere gratuita. Cf. Pallottini *(Collectio Omnium Conclus. et Resol. etc. Tom. 17, pag.* 9, § *32 seq.)*. — Quare, pro praxi, hoc habeatur criterium, nimirum non de transactione sed de donatione agi, quando quis non ut sibi consuleret sed ut in alterum conferret liberalitatem, contractum iniit. — De *renunciatione* litis in causis matrimonialibus cavet Instructio Card. Rauscher in §§ 207, 211, 133. — Nonnulli auctores, ut Sanguinetti *(Iuris Eccl. Inst. n. 657)* et Ioseph Ferrari *(Summa Inst. Can. n. 664)* de donationibus et transactionibus simul agunt, quasi conveniant in eodem genere *proximo*, quod forsan aequivocationi ansam praebet.

eius pluris intersit lite abstinere quam eamdem persequi. Tunc habetur *renunciatio* litis exortae seu exoriturae, et de hoc pacto agitur in *cap. 4, De procurat. in 6* (I. 19) et *in l. l. 20 et 30 ff. De Minoribus.* Sed iudicare in casu concreto, an donatio locum habeat an transactio vel renunciatio; haec *facti* quaestio est, non *iuris*. Cf. *D'Annibale* (*Part. II, n. 559*).

Haec advertenda erant ne huiusmodi contractus qui specie tenus videtur gratuitus ceu donatio, reapse uti talis habeatur, etsi ex subiecta materia transactionis potius aut renunciationis induit naturam. Quod distinguere maxime interest.

Demum hoc innuendum erat ne transactio *late* sumpta, hoc sensu explicata, confunderetur cum transactione adeo *late accepta*, ut significet quamcumque negotii definitionem; uti apud Schmalzgrueber; *h. t. n. 1,* et Reiffenstuel, *h. t. n. 1;* prouti explicatur in *l. 229, ff. De verb. signif.* nempe: « *Transacta finitave intelligere debemus non solum quibus controversia fuit, sed etiam quae sine controversia sint possessa* ».

Transactio, *proprie* accepta, est contractus « *quo partes aliquo invicem dato aut retento aut promisso, finem imponunt liti iam inceptae et nondum finitae aut litem forsitan exorituram praeveniunt* ». En eius requisita essentialia:

a) est contractus onerosus, quum ex *l. 38, C. h. t.* « *transactio nullo dato vel retento seu promisso, minime procedit* »,

b) quia est contractus, ex iure canonico ex parte formae nihil aliud requiritur nisi ut consensus *legitime* et *sufficienter* intercedat et manifestetur, sive *pure* sive sub *conditione.*

c) Ordinatur ad litem finiendam aut praeveniendam: quare versatur circa *rem dubiam,* circa quam iudicium, iam incoeptum, non est finitum, vel iudicium forsitan est exoriturum. Nam si res sit extra dubitationem posita, poterit esse obiectum aliis contractibus, seu pactis; non huic, cuius obiectum est *res*

dubia. Unde est conventio quae participat nonnihil tum de contractu *communitativo,* tum de *aleatorio* (1).

7. Transactio dividitur, in *realem* et *personalem; poenalem* et *iuratam.*

Personalis non *absolute* controversiam dirimit, sed respectu *transigentis*; unde effectus transactionis non transit ad heredes et successores transigentis; *realis* vero afficit rem absolute et pertransit in quoscumque rei transactae heredes et successores: exemplo *cap. 5, h. t. X,* in quo sub fine haec leguntur « *sed census absque Episcopi auctoritate, qui praeest Ecclesiae, sub hoc praetextu solutus, vitam eius qui solverit non excedit* ». In Concilio Trid. *sess. 6, cap. 4, De ref.* decernitur quod concordiae seu transactiones, factae non servatis solemnitatibus necessariis pro alienatione rerum ecclesiasticarum, obligant tantum suos auctores, non successores. Quae Tridentini dispositio intelligenda est iuxta *cap. 8, h. t. X,* decernens: « Mandamus quatenus nisi praefati Monachi, transactionem praescriptam auctoritate apostolica confirmatam esse docuerint, cum alias inter *personas* facta potius quam inter *Ecclesias* videatur, ne pacta inter alios acta, aliis obesse patiamur etc. » Quocirca Fagnanus in suo comm. in *h. l.* inquit *n. 2.* « Nota singulariter, transactionem, a Praelato initam super iuribus Ecclesiae, validam esse in sui praeiudicium et quamdiu Ecclesiam possidebit, etiamsi superioris auctoritas non intercesserit; sed non obligare successores cum sit mere personalis; at hic est casus multum notabilis, secundum Io. Andream et alios.... etc. » (2). Ceterum,

(1) Ita D'Annibale (II, n. 557) qui sub n. 558 notat transactionem esse verius declarativam iuris, non translativam. Iure merito, quia obiectum est *res dubia.* Cf. De Luca *De feudis, disc. 47, 9.* Hoc sensu, iuramentum litis decisorium est species transactionis.

(2) Concil. Trid. in *cap. 4, Sess. 6,* et in *cap. 6, Sess. 25* revocat huiusmodi concordias non approbatas a S. Sede in forma specifica; easdem declarans obligare *suos auctores,* qua *personales.* Fagnanus *l. c. n. 7,* ait:

uti decernit *cap. 8, h. t.* huiusmodi transactio quae facta intelligitur inter *personas* potius quam inter *Ecclesias,* sustinetur tantummodo quatenus disponit de iuribus beneficiarii; non quatenus tangit iura Ecclesiae, huic directe comparata, utputa, ad fabricam reficiendam, ad cultum provehendum: *cf. Acta S. Sedis Vol. XIX, p. 87.* Transactio *personalis* censetur uti remissio facta a persona de iuribus sibi propriis.

8. Praeterea transactio alia dicitur *poenalis*, alia *iurata.* Quum enim vis transactionis a privato partium consensu pendeat, in eiusdem maiorem firmitatem addi solet *poena* vel *iuramentum.* Haec poena *conventionalis* dicitur (1), quippe ponitur a contrahentium pacto, solvenda ab eo qui legitimo modo obligationem, transactione susceptam, non exequatur. Utrum vero solutâ poenâ, quis a contractus obligatione solvatur, desumendum est ex verbis conventionis. Nam iuxta ius canonicum desumptum ex *Auth. Decernit ius. C. De Arbitris, praestitâ poenâ liceat a iudicatis* (seu a transactione) *recedere;* nisi expresse caverint partes, poenam a moroso praestandam esse, *salvo remanente pacto.*

Iuramentum vero additur *promissorium* ad urgendam susceptam obligationem; quocirca si poena et iuramentum addantur, praestitâ poenâ, iuramentum semper obligat ad pactum

« Hoc tamen intelligas dummodo agatur de vera et reali concordia; secus si de pacto gratuito..... quia pactum gratuitum non est concordia; et confirmatio apostolica resolvitur in nudum privilegium quod sublatum est a Concilio ».

(1) Provenit enim ex contractu vel ex quasi contractu. Est pactum adiectum conventioni principali, quae si non consistat, etiam poena conventionalis corruit. Improbatur tantummodo poena, si constituatur contra bonos mores; *l. 123 et 134 ff. De verb. obl.*, utputa, quatenus vinculo poenae libertas matrimoniorum obstringitur; *cf. prol. cit. l. 134;* et Gasparri *De matrim. I,* § *59 seq.* Neque poena est confundenda cum arrhis: cf. *Gaii Inst. III, 139.*

transactionis exequendum; quatenus iurantis intentio fuit, velle confirmare pactum, etiam praestita poena. Secus, si iuravit in obligationem alternativam; nempe vel praestandi poenam vel exequendi pactum. Iuramentum sequitur naturam actus cui adiicitur: explicat Reiffenst. Tit. *de Iureiur. II, n. 69 seq.* et D'Annibale *II, n. 247 seq.*

9. Dein inquiramus de *subiecto* et *obiecto* transactionis. Cum primis de *subiecto*. Quia transactio est contractus onerosus, seu ex utraque parte importans aliquid datum aut promissum aut retentum, sequitur,

1) transigere non valere qui contrahere non possunt: quales sunt infantes, furiosi, amentes, quique rationis usu habitualiter carent, quippe incapaces sunt ad consensum dandum et manifestandum pro contractibus ineundis:

2) quatenus est contractus onerosus, alienationem secumferens, ex iure canonico transigere non possunt personae ecclesiasticae seu Praelati, rectores Ecclesiarum, locorum religiosorum, administratores omnesque beneficiati, nisi iusta de causa, et servatis solemnitatibus ad alienationem ex canonica disciplina requisitis. Iamvero ex iure Decretalium, praeter iustam causam seu necessitatem aut Ecclesiae utilitatem, requiritur, pro rebus immobilibus et mobilibus pretiosis, consensus Episcopi et Capituli Eccl. Cath. nec non rectoris beneficii aut ipsius conventus ad quos res alienanda pertineat. Post vero Const. « *Ambitiosae* » *inter extrav. com. De rebus eccl. alien. vel non*, requiritur etiam pro huiusmodi rebus beneplacitum S. Sedis (1). S. Sedes solet per consultum S. Cong. Concil. exprimere suum beneplacitum; et si adsint contradictores, sententia S. Cong. Concil. editur forma iudiciali: cf. Pallottini *l. c.*

(1) Proinde quomodo intelligendum sit *caput 8, h. t. X*, quod ante Const. *Ambitiosae*, videtur praescribere necessitatem beneplaciti apostolici, vide passim apud Canonistas in tit. *De rebus Ecclesiae alien. vel non, X*, ita cf. cl. Santi *tit. de transact. n. 5.*

10. Nunc *de obiecto transactionis.*

1) Natura contractus determinat, huius obiectum esse debere *rem dubiam*, ut iam innuimus. Revera, ex natura contractus, res *dubia* sit oportet sive de iure et de facto, sive tantum de facto. Inquam: *dubia sive de iure et de facto;* seu quousque res litigiosa definita non sit. Nam quando lis finita est per sententiam a qua partes vel non appellant vel appellare non possunt, quamvis partes dubitent vel dubitare possint de recta iurium interpretatione et applicatione; tamen *de iure* omnis dubitatio cessat, et *de facto* pro veritate habetur *res iudicata* (1). Quando, nempe, sententia iudicis appellatione amplius impugnari non potest, *res* dicitur *iudicata;* et, ex praesumptione *iuris et de iure*, veritati aequiparatur. — Dumtaxat per remedia extraordinaria, utputa per petitionem *restitutionis in integrum,* valor huiusmodi *rei iudicatae* in contentionem adduci posset; et tunc, sub hoc respectu, transactioni fiet locus. Item dicatur de quocumque alio titulo quo rerum possessio et iurium fruitio iudicialiter impeti valet. Tunc res est dubia *de iure* et *de facto*, quoad incertum exitum iudicii (2).

Res potius dicitur dubia tantum *de facto,* quando ius non est litigiosum; sed idem repeti vel obtineri non potest, ob resistentiam activam seu passivam adversarii, nisi per media exe-

(1) Qui, certo sciens rem dubiam non esse, per fraudes adversario suo rem dubiam esse fingit et persuadet, vel, conscius de rei veritate, iudicium instaurat ut timidum adversarium provocet ad transactionem, dein, aliquid recipiens vel retinens praetextu transactionis, indebite hoc sibi habebit et restitutioni adstringitur.

(2) In foro ecclesiastico, praecipue apud SS. Cong., quaestio frequentior, circa transactiones approbandas vel respuendas, est an revera dubia fuerit res de qua transactum est, ne ratione transactionis aliquid detur vel promittatur omnino indebitum. Species et resolutiones huiusmodi controversiarum videri possunt apud Pallottini *l. cit.* In una *Faventina, Concordiae, diei 29 Nov. 1766* S. Cong. Concilii approbare noluit transactio-

cutiva iudicialia. Hoc docet Urceolus in suo tractatu *de Transactionibus, Quaest. 2, n. 26 seq.* Nam, quamvis res extra iudicium versetur; tamen dubium est quid assequentur emolumenti huiusmodi media executiva. Ipsa enim *res iudicata*, in sortienda sua executione, litibus implicatur quoad modum et effectum executionis. Tunc ius est dubium *in facto* executionis; et aditus aperitur transactioni (1).

2) Ius divinum et canonicum hoc obiectum naturale aliquantisper circumscribunt.

Ius divinum naturale vetat transactiones et amicabiles compositiones *super matrimonio, si per eas fiat aliquid ad illud dissolvendum; arg. cap. ult. h. t. X.* Notentur verba. Dixi *a*) *super matrimonio,* quia indissolubile est sive ratum et consummatum sit, sive tantummodo ratum: de sponsalibus vero transigi potest, utpote quae indissolubilia non sunt, sed mutuo dissensu dissociari possunt; exceptis impuberum sponsalibus; *cap. 7, tit. De disp. imp. X (IV, 2); b*) *ad matr. dissolvendum;* nam, salvo matrimonii vinculo, transigitur quoad alia iura connexa, videlicet quoad individuam vitae consuetudinem, dotem, bona patrimonii communia etc. *c*) *si per eos fiat dissolutio;* non enim repugnat, super matrimonio de cuius valore, utputa, quaestio est, ante illius consummationem convenire, ut una pars

nem, initam inter Canonicos Eccl. Collegiatae loci Brasichellae, et Rectorem Ecclesiae S. Ioannis Baptistae *Plebis Octavi,* quia non *de re dubia* agi censuit *(Op. cit.* Pallottini, § *10)*; cf. *l. Eleganter, ff. De cond. ind.*; et Glossam *ad cap. Super eo, h. t. X.* S. Rota in *Faventina, Fideicomissi et Transactionis, diei 8 Maii 1713,* haec cavit: « Cum nihil sit tam clarum et apertum quod non possit per subinductas intellectuales subtilitates obnubilari; hinc regula debet intelligi de dubietate honesta et legali, non de dubietate emendicata ad finem palliandi ius clarum et certum; tunc enim potius procedit regula contraria, quod super certis et claris minime iniri valeat transactio ».

(1) Vide *Votum Card. Pereira* in causa *Caietana Spolii,* apud S. Cong. Concil. *die 18 Decemb. 1723.*

Religionem ingrediatur, unde matrimonii rati vinculum resolvatur. Talis enim matrimonii rescissio, non vi conventionis partium; sed ex lege provenit, tribuente Religionis approbatae ingressui vim mat. rati dissolvendi.

Ius vero divinum et canonicum vetant transactiones fieri super rebus et iuribus spiritualibus litigiosis, ne permutentur res spirituales cum pretio temporali; veluti ius decimandi, ius patronatus, ius exemptionis, iura beneficialia, cum re pretio aestimabili, *arg. cit. c. 7, 9, 10, h. t. X*, propter crimen simoniae.

Patet hoc decerni de transactione *proprie dicta*, quando aliquid *datur*, *retinetur* vel *promittitur* temporale pro re spirituali. Nam si spirituale pro spirituale veniat in conventionem, ex *cap. Ad quaestiones 6, De rerum permut. X (III, 19);* aut transactio *improprie dicta*, seu compositio amicabilis, locum habeat, id est pactio gratuita, prohibitio nulla viget. Edicitur in *cap. Super eo, 7, h. t.* « *Transigi super re sacra et litigiosa non potest: etenim res sacrae ut possideantur, aliquo dato vel retento sive promisso speciem credimus habere simoniae. Alias si gratis et amicabiliter inter se litigantes componant, sacris canonibus nequaquam dicimus obviare* ».

3) Demum quae iuris publici sunt, sive divini sive humani, privatorum pactis seu transactionibus mutari non possunt; *arg. cap. 12, De foro compet. X (II, 2) et l. 39 C. De Pactis*, Nimirum circa iura et munia publica, veluti beneficia ecclesiastica, circa actiones publicas criminales, transactio a privatis iniri non potest. De iis vero quae sunt iuris publici positivi humani, publica auctoritas transigere valet, et planum est (1).

(1) Iure civ. romano vetitum erat transigere de hereditate viventis, ex *l. 4, Cod. De postlim.*; et de aliis controversiis testamentariis, nisi inspectis cognitisque tabulis et verbis testamenti, ex *l. 6 ff. De trans.*; item de alimentis futuris (non super praeteritis) testamento, codicillo vel etiam donatione mortis causa relictis; ex *l. 7, § 2 et l. 8 ff. De trans.* Huiusmodi pacta enim visa sunt inhonesta et nimis subiecta fraudibus.

Beneficia ecclesiastica quod spectat, si agatur de ipso titulo beneficii seu ut quis recipiatur ad munus publicum, transactio, inita privata auctoritate, non valet, etiam *dando* vel *retinendo* aliquid spirituale. Nam titulus beneficii non potest acquiri nisi per canonicam institutionem; *ex cap. 3 De institutionibus X (III, 7) et Reg. Iuris in 6: « Beneficium ecclesiasticum non potest licite sine institutione ecclesiastica obtineri ».* — Alia iura vero quae cohaerent beneficiato eiusque dispositioni tribuuntur, possunt deduci in pacta et transactionem a beneficiato, iuxta explicata superius, et generales iuris regulas.

11. Quid iuris de transactionibus quoad actiones criminales? Ratio difficultatis est, quia expedit reipublicae crimina impunita non esse, quatenus actio criminalis est ordinata ad tutandum bonum publicum. — Cui inquisitioni ut rite satisfiat, nonnulla praenotanda sunt.

1) Dispicimus de actione criminali quae in iudicium adducitur et urgetur, auctoritate publica. Nam non omnia maleficia, etsi criminosa, publica auctoritas insequitur et compescit; sed relinquit impetenda privatis, pro damno et iniuria illatis. Hic ingredimur provinciam *iuris constituendi.* Nam determinare quaenam facta subsint *actioni privatae*, quaenam *publicae*, est officium iuris positivi cuiusque civitatis. Ita iure Romanorum distinguebantur *delicta privata*, et *crimina* seu *delicta publica. Furtum, rapina, iniuria, et damnum iniuria datum,* erant *delicta privata;* seu remissa actioni illius civis qui maleficium passus erat, quique proinde solus agere poterat in iudicio etiam ad poenam persequendam, vel potius cum reo transactionem inire; cf. *l. 4, § 5, et 5, 6 § 3 ff. De his qui not., et l. 54 § 5 ff. De furt., et l. 1 § 2 ff. De calumn.;* et in Lege 12 Tabularum decretum fuerat: « *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto* » cf. Gaium, *Inst. III, 220-223* (1).

(1) Apud populos in quibus ordinatio et auctoritas familiae praevaluit ordinationi et status auctoritati, delicta habita sunt maxime ordinis

2) In criminibus vero publicae actioni seu accusationi obnoxiis, adest semper quidam effectus civilis persequendus tantum ab eo cive, damno affecto ex crimine. Etenim crimen, *publicae* animadversioni subiicitur, quatenus in laeso cive, universam deturbat publicam quietem; submittitur autem actioni *privatae* ratione illius qui damnum persensit in bonis suae personae vel patrimonii sui. Dicitur, tunc agi de *crimine civiliter*; et quoad effectus civiles, admitti transactiones, exploratissimi iuris est.

3) Quando de crimine agendum sit *criminaliter ad publicam vindictam,* tunc transigere de crimine importat aliquid, pretio aestimabile, illi concedere qui accusare deberet, ut ab accusando desistat. Quae transactio, suapte natura, quia est conventio privata, non ligat alios cives ius habentes ad accusandum, vel ipsum Magistratum qui ex officio hoc peragere debet. Cf. Pirhing *h. t. n. 30,* § *4.* Unde, sub hoc etiam aspectu, conventio privata est impar extinguendae *publicae actioni.*

De iure canonico ut disseratur, a iure Romanorum initium sumendum est. Fundamenta huius legislationis in hoc propositum iam delineavimus. Iustinianus Imperator antiquam disciplinam non admodum mutavit, quia in Codice *l. 18 De trans.* ex constitutione Diocletiani et Maximiani edicitur: « *Transigere vel*

privati. Ita, iure Germanorum, certae taxae constitutae erant pro singulo crimine, repetendae ab eo qui crimen passus fuerat atque ab eius sanguine coniunctis: cf. Schupfer *Delle Istituzioni Politiche Longobardiche,* Lib. II. Schmalzgrueber *h. t. n. 9,* refert, in Italia transactiones, iam inductas lege romana, ratas habitas fuisse et moribus receptas. Hodie, apud excultas nationes, omnia crimina et delicta sunt obnoxia publicae auctoritati; sed caute distinguuntur effectus *criminales* et effectus *civiles,* de quibus privati paciscuntur, *Cod. Civ. Gall. a. 2046.* Praeterea distinguuntur *transgressiones (contravvenzioni)* in politiam et securitatem civitatis quae *mulctis* aliisque mitioribus poenis compescuntur. Ex Cod. Ital. poenal., *art. 372* § 2, ratione parvitatis materiae et ne iudicia multiplicentur, nonnulla delicta parvi momenti non puniuntur nisi ad instantiam laesi. Sunt quasi *delicta privata,* quae non respuunt transactiones.

pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est, in aliis autem publicis criminibus quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem ». Et ratio redditur in *l. 1, ff. De bonis eorum qui ant. sent.* etc.; nimirum: « *Ignoscendum principes censuerunt ei qui sanguinem suum qualitercumque redemptum voluit* ».

Iamvero non convenit apud Canonistas, an ius can. acceptaverit huiusmodi praescriptiones. — Glossa in *can. Si quem, 2, q. 3, V. In omnibus*, Hostiensis, in *Summa h. t. n. 3*, cum pluribus aliis ibi allegatis, autumant, iure can. non vigere has leges, quia a canonibus poena sanguinis non imponitur. — Ast contrarium opinantur, cum communi, Pirhing *h. t. n. 30 seq.* § *4*. Reiffenstuel, *h. t. n. 34 seq.* Schmalzgrueber, *h. t. n. 9*, et hos sequitur Santi, *h. t. n. 12*.

In hac re libere pandemus sententiam nostram. — Auctores citati, etsi magnae notae, rem non evincunt quia loquuntur de legislatione can., constituente *ius commune*, una cum lege romana, tum pro foro civili tum pro foro ecclesiastico. Modo temporum adiuncta et ius civile civitatum immutata sunt; et canones vigent exclusive pro foro ecclesiastico. Atqui *delicta privata* in disciplina canonica admitti non possunt. Finis enim Ecclesiae est bonum spirituale singulorum, cui bono obtinendo neve fideles, neve publica auctoritas renunciare valent; sed eidem obtinendo totis viribus adlaborare debent. Quare ultro canones exceperunt institutum accusatorium iuris romani; admittendo nimirum ad crimina accusanda omnes et singulos fideles; sed insuper instituerunt Magistratum qui, ex officio publico, crimina accusaret, nempe *Promotorem Fiscalem*, ad removendam negligentiam vel fraudes in accusandis vel denunciandis criminibus. — Quapropter est aliena a conceptu criminis in disciplina ecclesiastica, transactio inita inter reum et accusatorem privatum; aliquando expresse et graviter est prohibita, veluti in crimine sollicitationis, in crimine Coryphaeorum et ducum

sectae massonicae; quum ex const. *Apost. Sed.* fideles, poenis comminatis, obligentur ad huiusmodi crimina denuncianda. Transactio vero, inita a Promotore Fiscali cum delinquente, esset graviter criminosa; quia proderet officium publicum. — Proinde concludendum est, iure can. et in foro eccl. transactionem in criminalibus non admitti. Hisce conclusionibus videtur adhaerere De Angelis, *h. t. n. 3 in fin.*

12. Transactionis *effectus* est primarius et essentialis, liti finem imponere motae vel movendae, arg. *cap. 1, h. t. X.*

1) Quare per eam tolluntur omnes actiones, obligationes, probationes, instrumenta et iura in contrarium militantia, quia, ait Glossa *V. habitorum cap. cit.*, pacta novissima tollunt priora. Re quidem vera obiectum huius contractus est res dubia, et litigiosa de qua iudicialis sententia decernere debuisset, iuxta instantiam in iudicio propositam et iura seu probationes in medium allatas. At partes transactionem ineuntes, deliberant, per novum pactum, determinare controversiam absque ulla iuridica quaestionis agitatione. Quare ea transactioni inest vis, novam inducendi obligationem per quam tollantur anterior obligatio et omnia iura ei cohaerentia seu actiones et instrumenta seu probationes.

2) Proinde transactio dicitur frui iuris favore, ob eius efficaciam ad lites praeveniendas et extinguendas. Hinc canones eamdem inculcant magnopere: arg. *cap. 11, h. t. X;* iudex vero de eiusdem valore agens, etiam in causis piis, eam probare et confirmare debet, etsi Ecclesiae vel loco pio magna non obveniat utilitas; quia lites avertere est iam maximum bonum. Sed *hic favor* transactionis non ita debet intelligi quod in transactione interpretanda fiat extensio de re ad rem, de persona ad personam; nam contra, uti ait D'Annibale (II, n. 558): « *Transactio strictissimam interpretationem recipit* » arg. *l. 1, Cod. h. t.* Nam bonum est, cives ad transactiones ineundas devenire, sed per initam transactionem, *tantum transactum quantum expres-*

sum. Nam transactio implicat renunciationem liti, seu facultati experiendi et probandi sua iura in iudicio; quod, non praesumitur sed probari debet: arg. *l. 9 ff. h. t.*, cf. Pirhing *h. t. 20, n. 37, § V;* et Urceolum *De transactionibus, quaest. 8, n. 5* Hoc vide comprobatum, praxi forensi, apud Pallottini *op. cit. n. 24 seq.* (1).

3) Deinum quoad suam efficaciam transactio aequiparatur sententiae iudiciali et rei iudicatae, cf. *l. 20, Cod. h. t.* et uni parti, altera *legitime* invita, non licet a transactione resilire; ex *l. 39, Cod. h. t.*

13. Inquam altera parte *legitime* invita, quia dantur rescissionis nonnulli casus. Si vero dentur casus nullitatis, veluti ex defectu consensus, tunc fit locus *declarationi* nullitatis. Cum sit contractus, rescinditur,

1) mutuo partium consensu,

2) si *dolus, metus gravis* inciderint,

3) si error substantialis adfuerit qui, ex *subiecta materia*, debet esse potius *facti* quam *iuris.* Esset error substantialis *facti*, attingens ipsum *obiectum* contractus, quum quis transigeret super controversia enata ex certis instrumentis, quae postea *falsa* reperiuntur. Error substantialis facti attingit *personam* si quis arbitratur se cum herede transigere, quem postea heredem non esse, constat. Nam transactio tendit ad componendam controversiam iam motam vel quam praevidimus exorituram, sed afficere non potest ea que ne cogitata quidem sunt; *iniquum quippe est, perimi pacto id de quo cogitatum non est;* in *l. 9, ff. h. t.* Proinde si quaestio ea praecise fuit, an illa instrumenta falsa essent; an ille sit revera *heres*, vel intentio fuerit *generalis* componendi nimirum omnia litigia exorta vel exoritura

(1) Recentiora exempla circa valorem transactionum in iurisprudentia eccles. videri possunt in ephemeride *Acta S. Sedis, v. I, p. 358; v. III, p. 529; v. IV, p. 276; v. V, p. 413; v. IX, p. 45, 84; v. XII, p. 528; v. XIII, p. 439; v. XIX, p. 87, 242.*

quoad Titii patrimonium aut Caii hereditatem, tunc transactio rescindi non potest, ratione erroris; quia in specie vel in genere de his quaestionibus reapse actum est. — Ea contra non attenditur *error iuris;* nimirum quod quis ignoraverit articulum legis vel instrumenta non rite interpretatus est, necnon si postea ex novis instrumentis repertis clarum et certum ius appareat, quod pro dubio et admodum incerto habebatur; namque in hoc versabatur lis. Cf. Pirhing. *h. t. l. cit. n. 37.*

4) si quae in transactione observare spopondit una pars non exequitur, alteri integrum est vel a transactione resilire, vel iudicis ministerio transactionis observantiam urgere.

5) Quid iuris si interveniat laesio gravis? Generalis in contractibus doctrina est, laesionem gravem seu enormem quae venditorem offendit non recipientem nec mediam partem iusti pretii rei suae alienatae, hoc operari, ut venditor cogere possit emptorem vel ad integrum pretium solvendum, vel ad rescindendam venditionem, restituendo rem emptam. Sed in re nostra dubitandi ratio est natura transactionis quae ad lites praecidendas ordinata, rem dubiam pro obiecto habet. Admissa autem rescissione pro gravi laesione, quinam finis litibus? Difficile enim aestimatur damnum quando res maxime dubia et incerta est, ob ancipitem exitum litis. Inter DD. quam maxima opinionum varietas et lucta.

Nos ita resolvendam quaestionem putamus. Si laesio *enormissima* sit, seu nec tertia pars iusti pretii soluta sit, tunc omnes Canonistae conveniunt transactionem rescindibilem esse: cf. Reiffenstuel *h. t. n. 52 seq.* et Schmalzgrueber *h. t. n. 19:* quia iuxta principia iuris romani, extante hac laesione vel dolus praesumitur ex parte stipulantis, sive error substantialis in contrahentibus circa obiectum contractus; qui error aequiparatur, ratione effectus, dolo seu fallaciae provenienti ex ipsa re, *arg. l. « si quis cum aliter » ff. De verb. obl. « Idem est, etsi nullus dolus intercesserit stipulantis, sed ipsa res in se dolum*

habeat ». Ob laesionem vero enormem seu gravem tantummodo, naturae transactionis conformius est, eam uti non rescindibilem habere: ita Schmalzgrueber *l. c.* et De Angelis *h. t. n. 4*, contra Reiffenstuel *h. t. l. c.* et Santi *h. t. n. 17*. Ast transactione firma manente, omnes conveniunt, admitti emendationem erroris calculi, qui intervenerit in aestimando obiecto, ex *l. un. Cod. De error. calculi;* dummodo hic fuerit *error facti;* secus si quaestio versabatur circa huiusmodi computationem. Hoc concedunt etiam codices civ. moderni; scilicet Gallicus art. 2058, Italicus 1772 et Austriacus 1388. Qui tamen codices, magis prospicientes utilitati vitandi lites, quam iuris philosophiae, respuunt rescissionem ob laesionem etsi enormissimam: C. G. 2052, Ital. 1792, Au. 1385, cf. D'Annibale (II, 557).

6) Tandem, in favorem Pupillorum, Minorum et Ecclesiarum aliorumque fruentium privilegio *Restitutionis in integrum* rescindi potest *transactio*, ratione tantummodo gravis laesionis; de quo privilegio infra agemus.

14. Perspecta iam transactionis natura, admodum utilis inquisitio est, utrum partes aliquando ad transactionem ineundam invitari vel cogi possint, salvo semper contrahentium consensu, contractus validitati necessario. Quum per transactionem lites expeditiore modo definiantur, evitatis litium dispendiis, et civium mutuis contentionibus, quae animorum discordias fere perpetuas secumferunt; hinc in hodiernis quibusdam legislationibus antequam regularis instauretur litium processus, solet imponi, pro quibusdam causis, necessitas prius tentandi viam conciliationis seu transactionis. Ius canonicum mediam inivit viam statuens quod iudex *potest* semper partibus transactionem inculcare, quando hoc utile iudicet: ita Rota Romana et SS. Cong. Romanae, quando expedire putent, partibus respondere solent: *Placere de concordia.* Hoc iam ordinaverat ipsum ius Decretalium quod in *c. c. 11, h. t. X, et 1, De mutuis petitionibus, X* (II, 2), decernit, iudicem ecclesiasticum experiri debere,

praesertim si causa sit valde ardua et implicata, concordiam inter partes inducendam.

Ita in Instructionibus super processum iudicialem, praecipue in causis matrimonialibus datis, hisce postremis temporibus, pro aliqua provincia ecclesiastica aut regione et a S. Sede approbatis, iudex monetur ut partes postulantes, utputa, dispensationem a matr. rato et non consummato, vel dissolutionem vitae coniugalis et alia huiusmodi, studeat antea ad concordiam adducere (1).

Verum in foro ecclesiastico viget adhuc principium enunciatum in Novella *124*, *cap. 4,* nimirum, iudicem cogere non posse contendentes, ut, ante iudicium instaurandum, conentur concordiam inter se conciliare (2).

A Canonistis solent duo exceptionis enunciari casus. *Primus* est casus divisionis propositae vel decretae a iudice. Quando enim post agitationem litis, partium iura appareant aequalia, seu utrinque compensentur, iudex inter litigantes rem litigiosam dividendam proponit vel utrique aliquid attribuit, cui propositae divisioni si accedat consensus partium praeveniens *coactam* divisionem, initur *transactio*. Necessitas divisionis item potest derivare ex instantia creditorum, vel alia simili ex causa. *Secundus* habetur casus, si quaestio sit de ea re, in quam iudex

(1) Vide Instructionem Austriacam, in *tit. 2 De processu matrimoniali*, §§ *133*, *134*, *135*, *137*, *138*.

(2) Iam innuimus, quomodo apud nationes civiles hodie Magistratus, speciales aut ordinarii, incumbant muneri *conciliationis*, proponentes terminos transactionis, et hanc in legitimam formam redigentes; curant removere fraudes in conciliatione iurium ineunda, et in eius obtinenda certa executione. Nam codices civiles agunt de transactione, prouti de contractu; codices procedurae civilis agunt de hisce Magistratibus constitutis ad faciliorem reddendam viam transactionis. — Quaestio gravis est inter Iurisconsultos, an nempe expediat cogere partes ad tentandam conciliationem. Etiam Legumlatores in hoc non concordant. Iampridem in Hollandia experimentum conciliationis, uti necessarium, fuit constitutum. In

liberam habet potestatem; veluti Romanus Pontifex in bona beneficialia. Ad praecidendam dispendiosam et valde dubiam litem, Papa edicit, quota pars rei litigiosae cuique litigantium tribuenda sit, quam adiudicationem si ultro citroque accipient contendentes, transactionem ineunt.

Quamobrem, ordinario iure, iudex ecc. habet facultatem invitandi partes ad concordiam ineundam; qua tamen potestate ne abutantur, advertit Card. De Luca *De Iudicis, discur. XI, n. 4*, parce litigantes ad transactionem ineundam inducendos esse, quia longiores evadunt lites, ob difficultatem transactionis conciliandae, uti experientia docet. Frustra enim facto concordiae experimento, integer superest exsolvendus iudicialis processus.

Praeterea caveat iudex, ne in proponenda transactione nimis pandat animum suum circa meritum quaestionis. Etenim si concordia non concilietur, iudex evadit suspectus illi parti cuius intentioni favorabilem se non exhibuit. Hinc satius est, negotium experiendi transactionem, committere iudici delegato.

Galliam, tempore eversionis rerum publicarum, magno animorum aestu hoc praeceptum introductum fuit, quod, non sine doctorum controversia, adhuc in codice Gallico, uti lex generalis, perseverat. Inde in plures alios codices pertransiit. Cf. Meyer *(op. cit. tom. IV, p. 365, et tom. V, p. 563)*, Bordeaux *(Philosophie de la procedure civile cap. XXII, p. 411)*, et Mattirolo *(Trattato di Diritto Giudiziale Italiano*, V. *I, part. I, tit. 2, c. 1)*. Quia experientia huiusmodi praxim non parum visa est reprobare, in codicem Ital. procedurae civilis, huiusmodi obligatio experiendae conciliationis inducta non fuit. Cf. Saredo *(Inst. di Proc. Civile*, V. *I, ediz. 3, p. 114)*. Haec praescriptio est conformior legi *12 Tab.* in re civili decernente: « *Rem uti pacunt, orato. Ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto* ».

CAPUT II.

DE ARBITRIS.

Huc referantur Tit. 43, Lib. I-X, et Tit. 22, Lib. I in VI.

Summarium. — 15. Quomodo *compromittere in arbitros* differat a *transactione*. — 16. Eius historia adumbratur. — 17. Compromissum, regulâ generali, relinquitur electioni partium; aliquando *iubetur*. — 18. Hinc arbitri alii *voluntarii*, seu *compromissarii*, alii *necessarii*, seu *iuris*. — 19. Distinguuntur inter se ob diversam auctoritatem qua pollent. — 20. Arbitri compromissarii, alii *proprie arbitri*, alii *arbitratores*. — 21. Quando deputentur *arbitri* necessarii seu *iuris*. — 22. An semper compromitti possit in arbitros voluntarios. — 23. A quonam eligantur arbitri. — 24. Quinam possint esse arbitri. — 25. An *arbitratores* esse possint qui *arbitri* esse prohibentur. — 26. De numero arbitrorum. — 27. Unde arbitri desumant propriam potestatem. — 28. Cuiusnam speciei sit haec potestas. — 29. De modo procedendi arbitrorum. — 30. 31. De effectibus editi arbitrii, seu *laudi*. — 32. Causae eximentes ab arbitrio seu *laudo* exequendo. — 33. Quomodo iudicialiter impugnetur valor arbitrii. — 34. Quando cesset potestas arbitrorum; — 35. nec non potestas arbitratorum. — 36. De utilitate compromissi.

15. Alter modus, privata auctoritate, lites dirimendi est compromissum in arbitros. In arbitros compromissum est « *conventio qua aliqua controversia iudicio vel arbitrio boni viri definienda permittitur ex partium consensu* ». Proinde patet quomodo a transactione compromissum differat in quo partes, non invicem, inter se, propria iura litigiosa compensant et concordant, prouti fit in transactione; sed minime renunciantes controversis iuribus, alteri personae negotii compositionem demandant. Utraque tamen conventio in obiecto convenit quod in *re dubia* continetur, uti convenit in natura et forma contractus cui et *iuramentum* et *poena* adiungi possunt, in maiorem firmitatem; non secus ac transactioni.

16. Hic modus litium componendarum est admodum accomodatus humanae naturae, tum quia persona electa, ex speciali delegatione contendentium, praesumitur aptior illi negotio expediendo; tum quia partes libentius acquiescent sententiae viri illius, mutuo consensu, ad iudicandum electi. Hac de ratione, compromissum est antiquior forma et methodus contentionis iudicialis; ut Cicero testatur: (Pro Cluent. 43) « *Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam sed ne pecuniaria quidem de re minima, iudicem esse, nisi qui inter adversarios convenisset* » (1).

17. At, ex adverso, palam est, iudicium arbitrale non sufficienter satisfacere administrationi iustitiae, quippe arbitri non ea gaudent auctoritate, non semel necessaria ad iudicium persequendum. Aliquando enim necessaria est coercitio, vel modica, sive ad partem reluctantem in iudicium adducendam, aut ad alias personas iudicio instruendo inservientes convocandas,

(1) Iam apud Indianos et Graecos late viguisse huiusmodi mores probant eruditi: cf. Mattirolo *op. cit. l. c. p. 619.* Iure romano diligenter institutum arbitrorum explicatum fuit, in Digestis, titulo *De receptis, qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant* (IV, 8) et in Codice *De receptis arbitris* (II, 56). Iure canonico, disciplina arbitralis maximam habuit executionem in re criminali et civili; cf. Thomassinum *(Vet. et Nov. Eccl. disciplina pars II, lib. 3, cap. 101 sq.).* Ius Germanorum antiquum, praecipue innixum et informatum iuri familiarum, habuit sibi connaturale systema arbitrale: probat Schupfer *(op. cit. lib. II).* In Italia, per mediam aetatem, constitutiones municipales maxime favebant iudiciis arbitralibus; cf. Pertile *(Storia del Diritto Italiano, vol. VI - Procedura - § 216).* Iure hodierno apud civiles nationes compromissum in arbitros maximo habetur in honore, et plus minusve urgetur; sed leges hodiernae longe distant ab excessu in quem inciderant legum latores in Gallia, tempore eversionis rerum publicarum, praescribentes uti necessarium in omnibus controversiis compromissum; et pro quibusdam criminibus, admissis contra ordinem familiarum, constituentes *iudicia domestica.* Huiusmodi leges iampridem abolitae fuerunt.

sive ad sententiam executioni mandandam. Quapropter societati probe constitutae convenit iudices habere publica auctoritate fruentes, in quorum peritiam et aequitatem cives apprime confidant. Nihilominus praestat, civibus *permittere* in arbitros compromissum pro expeditiore litium compositione, imo aliquando hoc iuvat praescribere et *iubere,* pro nonnullis controversiis, quas in specie inferius exponemus. Hoc systema mixtum ius canonicum adoptavit.

18. Cum arbitri vel *permittantur* vel etiam *iubeantur,* sequitur suprema arbitrorum divisio, ut sint arbitri *compromissarii* seu *voluntarii,* si in illos partes libere *compromiserint;* sint *arbitri iuris seu necessarii,* qui ex iuris dispositione constituuntur. Unde haec est arbitri descriptio: *Est persona idonea sive ex legis dispositione sive ex conventione partium electa ut circa exortam controversiam suum iudicium proferat cui partes stare debent:* cf. Pirhing *h. t. n. 1* (1).

19. Essentialis differentia *arbitri iuris,* ab arbitro *compromissario,* repetitur a diversa auctoritate qua constituuntur. Nam arbitri iuris quum *publica auctoritate,* compromissarii vero *privata auctoritate* constituantur, sequitur:

1) Quem cogi posse ad suscipiendum munus *arbitri iuris,* non vero *compromissarii, arg. cap. Cum speciali, 61. De appellationibus X* (II, 28) (2). Civis enim alium civem iubere non potest: societas, quippe superior singulis civibus, potest.

(1) In huiusmodi conventione duplex adest pactum, alterum litigantium inter se, de lite nimirum, alicuius arbitrio subiciienda; quod *compromissum* dicitur; alterum eorumdem litigantium cum arbitro, qui munus suscipit arbitrium proferendi in certa controversia, et in libris iuris romani vocatur *receptum.* Unde in Pandectis appositus titulus inscribitur *De receptis qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant;* et in Codice *De receptis arbitris.*

(2) Arbiter *iuris* est antiquior forma *iudicis,* uti innuit Cicero in textu iam citato; et idem orator confirmat in Oratione pro L. Murena

2) Arbitri *iuris* habent a potestate publica sibi demandatam publicam auctoritatem seu *iurisdictionem*, qua possunt citare partes, testes examinare et alia facere, modica etiam adhibita coercitione, quae ad causae definitionem forte sint necessaria: *arg. cap. Suspicionis De off. iud. deleg. X* (I, 29). Arbitri vero *compromissarii* a compromittentibus recipiunt facultatem eorum causam cognoscendi eamque definiendi: quare partes, testes ad comparendum invitant sed compellere non possunt; compromittens enim in compromissarium plus iuris quam ipse habeat transmittere non valet (1).

3) A sententia *arbitri iuris* potest provocari ad iudicum ordinariorum sententiam seu potest appellari; quia iuris arbitri sunt veri iudices, quamvis ad specialem causam a litigantibus sint constituti; cf. *cap. Ab arbitris - 11. De off. iud. deleg. in 6* (II, 14). Appellatio vero non conceditur ab arbitris *compromissariis, arg. can. A iudicibus c. 2, q. 6;* et *cap. 11, De off. i. d. in 6.* Ratio est, quia arbitri *compromissarii*, nullo iure cogente, partium voluntate, pro faciliore negotii expedi-

§ 12, aiens adhuc definitum non esse *an iudex vel arbiter* dici oporteret qui lites inter cives dirimeret. — Hodie in codicibus non secus ac in codice Gregorii XVI, *Regolamento Legislativo e Giudiziario etc.*, arbitri *iuris* non recognoscuntur. Quoad hunc codicem digna est mentione norma procedendi oeconomica *(Sezione XXII — Della procedura economica)* quae respondet rationi procedendi per *iudices conciliatores* et medium tenet locum inter transactionem et compromissum. Demum species *arbitri iuris* habetur in *iudicibus iuratis* qui apud nos tantum in re criminali constituuntur; in Anglia etiam in re civili.

(1) In *l. 39 h. t. ff.*, decernitur § *Item:* « Item contumaciam litigatoris arbiter punire poterit, pecuniam eum adversario dare iubendo ». Ex qua lege Schmalzgrueber *h. t.* § *31* deducit « *Potest arbiter, non comparentes et contumaces punire, pecuniam eum adversario dare iubendo* ». Quod verum non est de arbitro *compromissario;* qui tantum aestimare potest, ad instantiam alterius partis, damnum iniuste illatum a contumace et hunc iubere ut alterum indemnem praestat, vi compromissi.

tione constituuntur: quare sibi imputare debent partes, si omisso iudice ordinario, per arbitros laesae sint.

4) Tandem ex ipso modo procedendi differunt *arbitri iuris* a *compromissariis*. *Arbitri iuris* procedere debent servato iuris ordine, non secus ac alii iudices iuxta ea quae explicabimus de processu iudiciali; arbitri vero *compromissarii* servare debent modum procedendi sibi in mandato compromissi constitutum. Si vero nullus praesignetur modus, praesumuntur partes velle, ut arbitri procedant iuris ordine servato, nempe iuxta formam iudicialem communem, ex *cap. 6, h. t.* Ceterum sive forma processus edicatur a partibus, sive desumatur a iure positivo, semper firmum manet, « *compromissum ad similitudinem iudiciorum redigi* » *ex l. ff. h. t.*

20. Quia arbitris *compromissariis*, ex compromisso modus causam cognoscendi praestituitur, nascitur duplex istorum arbitrorum species: si enim statuitur ut procedant *forma iudiciali* tunc arbitri *proprie* dicuntur, sive procedant forma speciali sive communi: si vero edicitur ut procedant *extraiudicialiter*, quasi amicabiles compositores, tunc *arbitratores* appellantur. Hinc *arbitrator* non est iudex controversiae sed potius *vir probus* et *peritus* qui, exorto aliquo dubio, vel in executione contractus vel in aestimatione rei, interrogatus suam exprimit sententiam quoad rectam practicae difficultatis solutionem. Unde ab arbitris *compromissariis* nullimode appellare licet vel ad alios arbitros provocare; *ab arbitratore* vero propter laesionem gravem quam pars laesa parata est probare, recurritur ad arbitrium boni viri seu ad iudicem ordinarium; ex *l. Societatem* § *Arbitrorum ff. Pro Socio;* et *cap. 16 De Iureiu. X* (II, 24). cf. Reiffenstuel h. t. n. 10. Namque ab *arbitratore* non tantum attenditur negotii definitio iudicialis, quam dubii solutio extraiudicialis, quod dubium si revera non solvatur, consequens est ut alterius periti et probi viri expostu-

letur votum (1). Arbitratoris sententia *arbitramentum* appellatur, sententia arbitrorum vero sive *iuris* sive *compromissariorum*, *arbitrium* seu *laudum* dicitur. Etenim *laudare* idem est ac *iudicare* in documentis medii aevi, veluti in *libris Feudorum*.

21. Arbitri *iuris* etiam *necessarii* vocantur, quia in aliquibus casibus a iure determinatis constitui debent. Isti casus potiores sunt:

1) Exceptio suspicionis iudici appositae, quominus in aliqua controversia ad iudicandum procedat; cf. *cap. Suspicionis 39. De offic. iud. deleg. X* (I. 29) et *cap. 4 et 11, eiusd. tit. in 6* (I. 14). Tunc *iuris arbitri* constituuntur.

2) Item constituendi sunt, si diversi iudices, videlicet delegati per successiva rescripta, super revocatione litterarum apostolicarum discordent, ita ut non appareat *utrum iudices priores an posteriores cognoscere debeant* et utrum per secundas *sint priores litterae revocatae.* Nam decernit: *cap. 14, Pastorali. De Rescriptis X* (I. 3) « *per arbitros communiter a partibus electos huiusmodi concertatio sopiatur* ».

3) Episcopo, cum clerico sibi subiecto controversiam habente, debent arbitri constitui quia iste utpote clerici iudex ordinarius, si iudicaret, in illa causa esset *iudex in causa pro-*

(1) Officium arbitratoris, apud doctores, etiam aliis vocabulis exprimitur; ut ecce huiusmodi persona aliquando arbitrator, aliquando amicabilis compositor aut peritus, aut mediator appellatur. Ne confusio ingeratur advertatur, quem *arbitrum* non dici, sensu iuris, nisi hic forma iudiciali controversias componere satagat. Qui secus, inter contendentes, suum officium interponit, quocumque nomine veniat, non est arbiter, quamvis forsan partes, per pactum transactionis, se adstrinxerint ad acceptandam sententiam viri mediatoris, vel periti: cf. Pirhing *h. t. n. 6*; et Devoti, *Ius can. h t. § 3*, et Durantis, *Speculum lib. II, part. 2 de probat. § 3 de requis. cons.* Vide resolutionem S. Cong. Con., datam in una *Venetiarum, diei 27 Aprilis 1883. Acta S. Sedis Vol. 16, p. 104.*

pria, quod etiam iuri naturali repugnat; arg. *can. Clericus 46, caus. 11, q. 1* (1).

4) Concil. Trid. *in sess. 14, c. 5, de reform.* cavet controversias inter iudices conservatores (nempe delegatos) et ordinarios dirimendas esse per *arbitros iuris.* Decernit enim: « Quod si in iis causis in quibus ipse reus fuerit, contigerit, ut electus ab eo conservator, ab actore suspectus esse dicatur, aut si qua inter ipsos iudices, conservatorem et ordinarium, controversia super competentia iurisdictionis orta fuerit, nequaquam in causa procedatur, *donec per arbitros in forma iuris electos, super suspicione aut iurisdictionis competentia fuerit iudicatum* ». Conflictus competentiae inter varias SS. Cong. Rom. exortas; aut inter S. Cong. et alia tribunalia dirimendi sunt a *Supremo tribunali signaturae,* ex Codice Gregoriano saepius citato, § 386.

22. Arbitri *compromissarii* e contra *voluntarii* dicuntur quia constituuntur, quatenus contendentes in illos compromittere velint. Hinc sequitur, partes in arbitros semper compromittere posse, nisi expresse hoc prohibeatur a iure.

Prohibetur 1) illis qui rerum suarum liberam administrationem vel dispositionem non habent. Ratio est, quia compromissum si alienationem explicite non importat, tamen est via ad alienationem; et ex reg. 84 *Iuris in 6 « Cum quid una via prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti ».* Nam ex

(1) Notant eruditi, ut iam adverterunt Correctores Romani ad citatum canonem decreti Gratiani, hunc textum non esse genuinum sed perversam continere versionem canonis 9 Concil. Chalcedonensis, a. 341, praecipientis recursum non ad arbitros sed ad concilium provinciale: cf. Card. Pitra, *Ius Eccl. Graecorum hist. et monum. tom. I, pag. 526.* Ceterum in Corpore iuris can. non alius habetur canon hoc expresse iubens. Quare haec disciplina potius repetenda est ex consuetudine. Verum De Angelis, *h. t. n. 2,* in genere quoad arbitros iuris advertit: « Sed isti casus hodie rarissimi sunt; unde vix est quod habet locum arbiter iuris ».

compromisso sequi potest alienatio seu necessitas alienandi quoad illum qui a laudo condemnatur ad aliquam rem alteri dandam vel solvendam; alienatio vero nonnullis personis est prohibita. Proinde recolantur quae disseruimus in tit. *De transactionibus pag. 31*, quoad personas a iure canonico ab alienandis rebus Ecclesiae prohibitas: cf. *cap. 5 h. t.*

Equidem non omnes DD. concordant in isto capite interpretando, ita ut nonnulli (vide *Schmalzgrueber h. t. n. 8*), autumantes non inde derivare prohibitionem compromissi generalem, asserant, compromissum cum alienatione nihil habere coniunctum, quia non tendit ad ius eccl. transferendum alteri, sed ut dubium declaretur et hinc ius suum unicuique conservetur. Sed admodum probabilior contraria opinio; arg. *c. c. 5 et 3 h. t.;* quae in hunc sensum interpretantur Schmalzgr. *l. c.* et Pirhing. *h. t. n. 11* et Reiffenstuel *h. t. n. 32*. Aequivocatio rationis adversariorum in hoc est: ipsi fatentur compromissum alienationem non continere et hoc admittimus: ex hoc volunt inferre lege prohibitae alienationis compromissum non vetari; et hoc negatur, quia si non est alienatio, est via ad alienationem et quod unâ viâ prohibetur alicui, ad id aliâ admitti non debet.

2) Prohibetur aliquando compromissum *ob gravitatem quarumdam causarum:* istae causae sunt:

a) Causae criminales criminaliter promotae.

b) Causae matrimoniales quando agitur de valore coniugii.

c) Causae beneficiales, ne sine canonica institutione via aperiatur ad beneficia ecclesiastica, contra praescriptum *regulae iuris 1 in 6.*

d) Causae exemptionis, ex *cap. « Cum tempore » h. t.*, ne laedatur ius eximentis ex facto vel dolo exempti.

e) Causae *restitutionis in integrum*, excepto casu quo *incidenter* tractentur. Nam per hoc remedium agitur ad rescindendum actum, quasi ex privilegio et exceptione, unde est causa

gravior. Verum si quaestio *restitutionis in integrum* exoriatur incidenter ex altera causa, iam arbitrorum deliberationi demandata; tunc ne eorum officium praepediatur, permittitur cognitio etiam huius causae incidentis; arg. *cap. 9 De rest. in int. X* (I-41), ubi hoc decernitur: « ..... Arbitri de hac causa (restitutionis in integrum) cognoscere nequeunt, nisi coram eis mota fuerit incidenter. In matrimoniali quoque causa, liberali vel criminali, *cum maiores iudices exigant,* arbiter nequit assumi » (1).

23. Deinde quaerendum est a quonam designentur personae arbitrorum, praecipue *iuris;* an nempe a magistratu vel a contendentibus eligantur. Iamvero principium generale est, *arbitros eligendos esse a partibus contendentibus*, cf. cap. 14 De rescriptis X (I-3), *non a iudice seu a magistratu, nisi in controversia et ipse pars sit;* utputa in causa obiectae suspicionis, ex *cap. 39 De Off. et pot. i. d. X* (I-29). — Iudex vero debet, ordinario, ad instantiam partis interesse habentis, aliquando etiam ex officio suo, supplere partium negligentiam, si *arbitros iuris* eligere negligant, nec non arbitros, etsi *compromissarios*, urgere ut munus susceptum rite expleant, arg. *cap. cit. 39.*

24. Cum partes ipsae contendentes arbitros sive *iuris* sive *compromissarios* eligere debeant, inquirendum est, quinam in arbitros assumi possint. — Quia edictum de arbitris est prohibitorium, cf. *l. 12, ff. De iudiciis,* seu excludit tantum eos quos prohibet expresse, arbitri possunt esse omnes qui non reperiuntur prohibiti. - Nequit esse arbiter,

1) pupillus, mutus, surdus, furiosus, cf. *l. 7, § 2, ff. h. t.;*

2) ob defectum aetatis, minor viginti annis, ex *l. cum lege 46,*

(1) Legibus romanis per arbitrium decerni non poterant *causae status,* scilicet *ingenuitatis, natalium, libertatis,* atque *actiones populares* et *famosae:* cf. l. l. 32, § 6. 7, h. t. ff. - In codice Gregorii XVI saepius cit. in art. 1748 (quem latine reddam) cavetur: « Lex vetat compromissum iniri in controversiis *donationum* et *legatorum* cum *titulo ad alimenta;* item in controversiis *status personarum* et in negotiis ordinis publici ».

ff. h. t., nisi ob consuetudines locorum aut rationes particulares admitti quis possit: cf. Reiffenstuel, *h. t. n. 39;*

3) excommunicatus non toleratus, seu vitandus. Attamen si eligatur atque in causa pronunciet, laudum probabilius tenet quia non est actus iurisdictionis. Cf. Suarez, *De Censuris, Disp. 16,* cf. *cap. 39, De Sent. excomm. X* (V, 39);

4) foemina ex *cap. 4, h. t.* Verum ob dignitatem qua pollet, utputa regiam, vel ob particularem eminentiam scientiae aut virtutis (1); vel ob loci consuetudinem congrue aliquando arbitri officio fungi valet. Cf. Reiffenstuel *h. t. n. 41.*

5) Religiosus, nisi superioris accedat consensus.

6) In Iudicem ordinarium compromitti potest, *arg. cap. 7, h. t.:* unde correctum fuit ius civile romanum: *(l. 9, § 2, ff. h. t.).* Ratio repetenda ex indole iuris canonici, cupientis per arbitros lites determinari; cf. Devoti, *Ius Can. h. t. § 9, not. 2.*

7) Quaeritur an laici, arbitri esse possint in causis spiritualibus. Ratio difficultatis oritur ex natura istarum causarum ad tribunal Ecclesiasticum, uti explicabimus, pertinentium, de quibus laici iudices decernere non possunt. Quaestio ita videtur resolvenda. Si agatur de *arbitris iuris* qui *iurisdictionem habent,* isti talibus in causis arbitri esse non possunt, quippe ecclesiasticae iurisdictionis incapaces. Cf. Pirhing *h. t. n. 21 seq.* Si vero agatur de arbitris *compromissariis*, qui nullam exercent

(1) Quum nostra aetate non pauci, obliti munerum foeminis naturalium, easdem ad munia publica et graviora, pertrahere et quasi vindicare studeant, iuvat excribere verba legis *ult. Codicis h. t.* (II, 55); quae non aliquid novi referunt, sed examussim naturae legem exprimunt. Ait textus: « Sancimus, mulieres suae pudicitiae memores et operum quae eis natura permisit et a quibus eas iussit abstinere, licet summae atque optimae opinionis constitutae in se arbitrium susceperint, vel, si fuerint patronae, etiamsi inter libertos suam interposuerint audientiam, ab omni iudiciali agmine separari etc. »

iurisdictionem, a iure positivo arbitri esse non prohibentur. At ob *indecentiam* non admittuntur, quia praesumuntur talia ignorare; ita *cap. 8, h. t.* Unde, *a*) si ipsis clericus adiungatur, quasi assessor vel consultor, in arbitros eligi possunt; *b*) vel si ad hoc muniti sint privilegio apostolico. *c*) Si agatur de *causis mere temporalibus,* veluti in causis de bonis clericorum, sane eligi possunt *(cf. c. 4, 8 et 11, h. t.)*, etiam nullo adiuncto clerico, quia praesumuntur in huiusmodi causis peritiores existere: cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 13, 14*, et Leurenium., *Forum Eccl. part. I, q. 1093 n. 45.*

25. Attenta *arbitri* et *arbitratoris* diversa natura, sequitur, non prohiberi esse arbitratores qui arbitri esse prohibentur. Etenim *arbitria* sunt redacta ad formam iudiciorum, non ita *arbitramenta.* Dein advertatur quoad excommunicatos vitandos, hos ab arbitramentis excludere regulam generalem non communicandi cum eisdem; et quoad laicos in causis spiritualibus, debet cum primis attendi an habeant sufficientem peritiam; et planum est.

26. De *numero arbitrorum* haec teneantur. Potest compromitti in unum, duos, vel plures arbitros: consultius tamen est ut impari numero assumantur; et hoc servandum est etiam in eligendis *iuris arbitris,* ex *cap. 1 et 12, h. t.* Potest etiam arbitris committi ut sibi adiungant alios, vel substituant a se electos arbitros, ex *cap. 13, h. t.* Ast in *cap. 12, h. t.* interdicitur, ne talis delegatio fiat arbitris inter se dissentientibus. Probabile enim est, ipsos non consentire in arbitro eligendo, et tunc quisnam finis controversiae? (1).

(1) Liquido patet, quomodo *cap. 13 cit.* concilietur cum *cit. cap. 12.* Nam hoc prohibet, ne ex speciali concessione addita ipsi contractui, arbitris permittatur inter se discordantibus alium sibi substituere. Quare haec est exceptio facta regulae generali enunciatae in *cap. 13 cit.* Sed haec ipsa specialis praescriptio aliquam patitur difficultatem. Nam in *c. c. 61, De appell. X* (II, 38) et *2 De appell. in 6* (II, 15), cautum est, ut « duobus arbitris inter se dissentientibus tertius eligatur ». — Devoti *(Ius*

Si in plures compromissum sit, standum est sententiae in quam maior illorum pars convenerit ex *cap. 1, h. t. in. 6* (I, 22), nisi compromissum sit ea lege ut omnes concordare debeant. Praeterea ex *cap. 2, h. t. in 6*, si unus ex arbitris constitutis invitatus ad sententiam proferendam, nullo obstante legitimo impedimento, nolit adesse, valet aliorum arbitrorum sententia, ceteris paribus, et nisi expresse in compromisso cautum sit, omnes interesse debere, ad arbitrii validitatem. Quando vero omnes inter se discordent, et sententia unius partim continetur in pronunciato alterius, veluti si unus in 15, alius in 10, tertius vero in 5 pronuntiant, (ex *cap. 1, h. t. in 6)* retinetur ea sententiae pars, in qua omnes concordant, uti iubet et exemplat *cit. cap. 1, h. t. in 6.* Si vero omnino discordant, quoad *arbitros iuris* debet a partibus vel a iudice ordinario alius arbiter suppleri: quoad *arbitros compromissarios*, integrum est partibus vel arbitrium deserere vel alium sufficere arbitrum, vel acceptare arbitrum ab aliis arbitris suffectum.

27. Arbitrorum potestas tanta est quanta eis demandatur, « cum arbitri (ait *cap. 6, h. t.)* iudicare non valeant, nisi de his tantum, super quibus in eos extiterit compromissum » (1).

Can. h. t. § 11 not. 4) haec advertit: « Ut ea quae inter duas has Decretales esse videtur pugna removeatur, sic componenda res est ut litigantes initio nequeant in incertam personam arbitrium conferre, possint tamen ipsi arbitri, cum eorum discors sententia est, tertium sumere, modo id faciant a Praetore iussi aut cum voluntate et consensu litigantium ». Et idem Auctor in corpore paragraphi advertit: « Sed hodie semper duobus arbitris, quorum est dissimile iudicium, integrum est tertium, etiam non nominatum, sumere, qui litem finiat, *modo litigantium consensus accedat aut id iussu et auctoritate superioris fiat* ». Reapse aliud est, in ipso actu initi compromissi permittere arbitris, etsi dissentientibus, alium quemcumque sibi substituere; et aliud est, *ex post-facto*, ratam habere substitutionem ab arbitris factam.

(1) Revera compromittentes valent suae conventioni eam legem dicere quam magis expedire putant: dummodo conditiones non apponant

Arbitris iuris certa eis a *iure* demandatur causa et potestas ad illam definiendam, utputa ad dirimendam instantiam ab Episcopo contra suum clericum promotam. Quae causa cum aliquando sit aliis incidentibus seu accessoriis, vi sua, coalescens, ita generice *a lege* demandata, comprehendit sub se alias adnexas causas, ab arbitro videndas vi generalis *iuris* delegationis.

Arbitris vero *compromissariis* tanta inest potestas quanta in compromisso exprimitur; quare illam causam tantummodo videre possunt in mandato expressam: ceteras, nisi *necessario* et *intrinsece* connexas (1), videre non possunt. Cf. *c. c. 5 et 21*, § *Sexta, De off. et pol. iud. deleg. X* (I, 29), et Pirhing *h. t. n. 51 seq*. Re quidem vera, delegatio *a iure* arbitris facta ge-

ipsam compromissi naturam destruentes. Ita *cap. 7, h. t.*, decernit, validum esse compromissum sub conditione initum ut arbitri, antequam sententiam ferant, unius aut plurium audiant consilium. Esset autem invalidum, si praeciperetur arbitris, quod sequerentur necessario consilium datum, quia libera facultas sententiae dicendae arbitris non relinqueretur, cf. *l. 17, § 3, ff. h. t.* Ad evitandas vero dubietates et lites, quoad mandati limites, et intentionem, praestat in scriptis redigere actum initi compromissi, prouti iubet Codex Gregorianus *(Regolamento Legislativo e Giudiziario* etc.) in *§ 1249,* qui articulus, *latine redditus,* ita sonat: « *Compromissum initur per actum publicum aut per scripturam privatam. Exprimi debent nomen et cognomen compromittentium, arbitri, aut arbitrorum; nec non singula capita controversiae, quae subiiciuntur eorum deliberationi. — Scriptura privata deponi debet ad acta publici notarii* ». Vide controversiam definitam a S. Cong. Concil., sub *die 17 Augusti 1872;* apud *Acta S. Sedis, Vol. VII, p. 393.*

(1) Devoti *(Ius Can. h. t. § 13)* ita explicat hanc regulam: « Excipiuntur tamen ea quae cum causa principali ita sunt connexa, ut plane ab ea pendeant; de quibus quidem est ferendum iudicium, quamquam nulla eorum mentio facta sit. Itaque arbiter iudicat de exceptionibus dilatoriis, et peremptoriis, de fructibus, qui rei controversae partem efficiunt; ac videt, quidquid intersit ad commodum, utilitatemque tam actoris, quam rei ».

neralior est; at per *compromissum* concessa, est specialior, coarctata ad unum certum casum; hinc intelligenda stricte, iuxta mandati verba.

28. Doctores hic inquirunt, cuinam speciei potestatis accensenda sit haec arbitrorum auctoritas. Iamvero arbitri *compromissarii* certe pollent auctoritate privata ex litigantium conventione repetenda, quae nec ordinaria nec delegata iurisdictio, *in sensu iuris,* vocari potest. *Arbitri iuris* cum publica potiantur potestate pro illo casu speciali ad quem *ex iuris* dispositione eliguntur, certe non ordinariam sed delegatam exercent iurisdictionem: cf. Reiffenstuel *h. t. n. 18 seq.* Differunt a iudicibus delegatis, quia persona iudicis delegati ab alio magistratu vel a principe eligitur: quum arbitri persona a contendentibus designatur. Cf. Devoti, *Ius Can. h. t.* § *4.*

29. Officium arbitrorum est:

1) procedere secundum tenorem mandati cuius limites si excedant, nihil agunt, ex *cap. 6, h. t.*

2) Officium semel susceptum, etsi libere susceptum, si agatur de arbitris compromissariis, ad suum finem per sententiam producere debent arbitri; quod si temere recusent, iudiciali auctoritate compelli possunt. Neque alteri officium suum committere possunt *(arg. cap. 13, h. t.)*, nisi hanc potestatem a litigantibus acceperint. Cf. *cit. c. c. 5, 21, De Off. et pot. i. d. X;* et Schmalzg. *h. t. n. 28.*

3) Arbitrium pronunciare debent intra tempus de quo conventum est. Si tempus in compromisso definitum non sit, arbitrium proferent quo citius fieri potest et ad hoc, una parte instante, a iudice cogi possunt: cf. *l. l. 14-33, 32-38, h. t. ff.* - Item arbitri procedere debent *die non feriato*, ex *cap. 5 De feriis X* (II, 9), et *in loco*, de quo actum est in compromisso. Si locus determinatus non fuerit, praesumitur is locus electus, in quo compromissum initum fuit; cf. *l. l. 21-11, h. t. ff.;* et Schmalzgr. *h. t. n. 28.* - Demum sententia in scriptis

proferenda est, eademque publicanda, adstantibus partibus, *arg. cap. 10, h. t.*

4) Quum arbiter sive *iuris* sive *compromissarius*, pronunciato arbitrio, functus sit munere suo, hinc redditam sententiam neque exequi ipse potest, neque mutare et corrigere; sed eius executio aut correctio (quando haec fieri possit) relinquenda est iudici ordinario, nimirum illi qui aliunde competens fuisset in negotium compromissi, *arg. cap. 7, h. t.*, et cf. *l. l. 19, § 2 et 20, - h. t. ff. et 5, Cod. h. t.* et Schmalzgr. *h. t. § 2, n. 7,* et Reiffenstuel *h. t. n. 100.*

30. *De effectibus editi arbitrii.* - Arbitrium seu laudum arbitrorum *iuris*, sententiae a Iudice ordinario prolatae aequiparatur, ab eaque partes appellationem interponere possunt: *arg. c. 11, De off. deleg. in 6* (I, 14). E contra a sententia arbitrorum compromissariorum non appellatur; ex *can. A iudicibus caus. 2, q. 6.*

In maiorem firmitatem compromissi, inductum est ut possit etiam compromitti cum *appositione poenae* vel *iuramenti*, vel etiam insimul *poena* et *iuramento* apposito. Si in arbitros compromittatur cum appositione poenae, intelligitur *disiunctive* accepta obligatio, vel *standi laudo*, vel spreto laudo, *luendae poenae:* nisi contrarium exprimant compromittentes, adiecta clausula « *rato manente pacto* » nempe post poenae luitionem: *arg. cap. Per tuas, 9, h. t.* — In negotiis dirimendis ab arbitris *iuris*, vix, aut ne vix quidem, praestat compromittere, poena aut iuramento adiecto; arbitrium enim huiusmodi, sententiae comparatur iudicis delegati; sed hoc fieri posse canonistae non excludunt: cf. Pirhing, et Leurenium, Reiffenstuel, Schmalzgrueber, Devoti, aliosque passim canonistas in suis commentariis in *h. t.*

Iuramentum vero adiectum sive cum appositione *poenae* sive non apposita *poena*, sequitur, *vi sua,* naturam actus, confirmans ex Religione obligationem, ex conventione ortam; nempe

simplicem vel *disiunctivam*, uti explicavimus; dummodo partes, iuramento interposito, aliud non intendant; et planum est. Cf. Schmalzgr. *h. t.* § *24.*

31. Quando *simpliciter* est compromissum, seu absque appositione poenae compromittentes *regulariter* obligantur stare sententiae arbitri sive aequa sive minus aequa sit, ex *l. diem*, § *fin. ff. h. t.* Inquam « *regulariter* » quia adsunt causae eximentes a laudi obligatione. Hinc ut partes suis iuribus consulant, statutum est tempus *decem dierum* quibus deliberare debent utrum arbitrium recipiant nec ne. Praeterlapsis decem diebus, si partes *explicite* vel *aequipollenti* modo seu *tacite* hoc non reiiciant, praesumuntur *tacite* recipere: laudum *receptum* dicitur *homologatum;* non receptum *non homologatum.* — Quum adsit obligatio standi arbitrio, si pars nolit exequi laudum seu non recipere, *nulla legitima extante causa*, pars reluctans quoad aliam partem tenetur ad *interesse; arg. cit. cap. 9, h. t. Per interesse*, ut advertit Reiffenstuel *h. t. n. 85*, intelligitur non aestimatio rei petitae sed damnum alteri emergens ob expensas et aliis de causis, propter non secutam arbitrii executionem.

32. Causae ab arbitrio exequendo eximentes, plures sunt.

1) Si forma compromissi servata non sit, arbitrium *ipso iure* invalidum est: ex *cap. 6, h. t.*

2) Arbitrium quod adversetur iuri divino, naturali aut ss. canonibus, omnino nullum est: cf. *c. c. 2-11, h. t.*

3) Si dolo circumventus vel metu coactus arbiter pronunciaverit, arbitrium non tenet, quia pars laesa contra aliam partem sententiae executionem petentem, se defendit *exceptione doli* vel *metus*, seu docet dolum et metum intervenisse, unde iniustum esset, arbitrium observare: cf. *l. 32,* § *14, ff. h. t.* et *l. 3, Cod. h. t.*

4) Quotiescumque laudum enormissime partem laedat, repellitur ab executione; siquidem enormissima laesio dolum prae-

sefert, iuxta ea quae statuimus agentes *De transactionibus, pag. 40.*

33. Pars quae has ob causas renuit arbitrium observare, cuius executionem alia pars expetit, iudicem adeat qui de causa videre debuisset nisi partes in arbitros compromisissent, ut declaret se recipere nolle laudum, quod, esse *nullum*, probare debet, si contendat causam adesse *ipso iure* arbitrium invalidantem; vel docere debet, *dolum, metum, errorem* interfuisse, si contra petentem laudi executionem, *excipiat* ob huiusmodi causas, hoc rescindendum esse. Si non extent *rationes nullitatis* vel *rescindibilitatis*, a iudice reducitur arbitrium ad *aequitatem;* ita Abbas in *c. 23, De Iureiurand. n. 29* - cf. *l. 27,* § *2, h. t. ff.*, et *l. 5, Cod. h. t.*

Quid iuris si quis recurrat postquam laudum *expresse* vel *tacite* receperit? Nam hactenus versati sumus in hypothesi de laudo non recepto, seu *non homologato.* In propositum haec reponenda. Quando nulla adsit causa recusandi arbitrium, exequendum est laudum; nec potest altera pars se eximere, praestando *quanti interest laudum executum non esse*, prouti fit laudo *non homologato.* Quod si adsit exceptionis causa, distingue inter causas *ipso iure* seu *ipso facto* invalidantes, et causas laudum reddentes rescindibile, seu *ope exceptionum.* Causae *ipso iure* invalidantes si, ut loquitur *cap. 2, h. t.,* continent peccatum per partes non remissibile, veluti simoniam, usuram seu contra legem Dei, naturae vel Ecclesiae admissum, efficiunt ut laudum etiam *homologatum*, semper *nullum* existat; cuius *nullitatem,* proinde, iudex declarare debet. Quoad alias causas subdistingue: si ex illis causis seu ex *dolo, metu, errore* laesio *gravis* proveniat et laudum sit *homologatum*, quia talis homologatio aequivalet *transactioni*, laudum non rescinditur (1):

(1) Schmalzgrueber *h. t.* § *36*, explicata hac regula, advertit: « *Excipitur, nisi praxis contrarium obtineat.* Ita Hunn. (*Encyclop. p. 2, tit. 40,*

ex dictis *de transactione, pag. 40*. Si laesio est enormissima (1), tenemus cum communi sententia laudum rescindi, non secus ac transactionem, ob gravissimam laesionem. Cf. Schmalzgr. *h. t.* § *34*.

34. *De Cessatione potestatis arbitrorum*. Haec cessat,

1) morte arbitri vel alicuius ex ipsis, si in plures compromissum sit, nisi *contrarium cautum* sit in compromisso, cf. *cap. 42, De Off. deleg. X* (I, 29), vel nisi in dignitatem, vel personam moralem compromissum sit. Extinguitur quoque mandatum arbitrium ob impotentiam *phisicam* aut *moralem* ex parte arbitri, ad suum officium explendum.

2) Cessat morte compromittentis vel alicuius ex ipsis nisi expresse cautum sit, contractum compromissi ab haeredibus servandum esse; *arg. cap. 10, h. t.* (2).

c. 8, n. 5), ... *testatur, moderna praxi compromissarii laudum, si iniquum appareat, et eo pars enormiter laesa* sit boni viri, i. e. ordinarii iudicis arbitrio ad aequitatem et iustitiam reduci solere ». Devoti *(Ius Can. h. t.* § *14)* haec habet: « Quod si post decem dies haec reductio postuletur, naturam induit *reformationis*, neque interim efficit, ut sententiae exitus retardetur ». Quae praxis redigendi ad arbitrium boni viri, arbitria *homologata* etsi non subsit laesio *enormissima*, videtur potius viam aperire abusibus quam iustitiam tueri. Quare in locis ubi legitime non sit praescripta huiusmodi consuetudo, sane non videtur admittenda; ob argumenta explicata, *pag. 40*. Exceptis casibus quibus competat remedium extraordinarium *restitutionis in integrum*.

(1) Ast sedulo advertatur, sententias prolatas a iudicibus ordinariis circa arbitria compromissaria, vel reducenda ad aequitatem vel nulla declaranda, vel rescindenda, admittere appellationem ad iudicem superiorem. Nam compromittentes ad iudicem ordinarium provocantes, iam deferunt negotium compromissi ad proprii iudicis iurisdictionem, cuius vim et gradus, proinde, experiri possunt, *arg. cap. 11, h. t.*, et cf. Pirhing *h. t. n. 81*; Schmalzgr. *h. t.* § *34 seq.*, Devoti *h. t. n. 14*.

(2) Reapse in compromisso censetur electa *industria personae arbitri*, perspecta *compromittenti*; quamobrem, mutatio personae sive arbitri sive compromittentis praesumitur mutatio substantialis in contractu, adeo ut evanescat, nisi contrarium caveatur.

3) Recusatione arbitrorum ex parte compromittentium, si hi, iusta de causa, unum aut alium arbitrum aut omnes suspectos habeant; *arg. l. l. 31-32, § 14, ff. h. t.*

4) Renunciatione sui officii ab arbitris facta, si ob adversam valetudinem, vel inimicitia cum aliis arbitris vel compromittentibus superveniente aut alia de causa, utiliter suum munus arbitri amplius exercere non possint. Nisi adsint enim legitimae causae (1), munus dimittere non valent, ex *l. 9, § 5, h. t. ff.*

5) Resolvitur arbitrorum potestas, mutuo compromittentium consensu; unde evanescit contractus compromissi.

6) Cessat pronunciatione laudi *super re tota commissa*; quare arbiter suo officio functus est, adeo ut suam sententiam mutare, corrigere non possit *arg. l. 19, ff. h. t.* Dixi *super re tota* quia si pronunciaverit in quaestione *incidenti et minus principali* arbitri potestas non expirat; *arg. l. 19, h. t. ff.* - Quippe non attenditur quod est *accessorium,* sed *principale.*

7) Lapsu temporis in compromisso statuto; aut alia deficiente (2) conditione compromisso aut recepto apposita: cf. *l. l. 3, §§ 3-11, 21; et 11, § 5, h. t. ff.*

8) Tandem interitu rei controversae; vel cessatione ipsius controversiae per iudicium aut per aliud pactum, utputa transactionis, compositae. Cf. *l. 32, § 5, h. t. ff.*

(1) Etenim ob contractum recepti arbitrii, ex una parte, arbiter munus dimittere non potest, nisi ob causam gravem seu grave impedimentum quominus hoc fungatur officio. Ex altera parte, compromittens arbitrum reiicere non debet, nisi ob gravem recusationis causam; ea quoque de ratione, ne illius famam laedat.

(2) In *l. 17, § 1, h. t. ff.* statuitur, inter triennium, a lite coram arbitro contestata decurrendum, arbitrium proferendum esse, si partes certum tempus non constituerint. In codice vero Gregorii XVI, saepius citato ad § *1753* decernitur « ..... si, *in actu compromissi,* non fuit terminus expressus, arbitrorum potestas censetur perdurare ad *quatuor menses,* ab acceptatione compromissi ».

35. *Arbitratorum* munus quia omnino pendet a voluntate eos assumentium, et alienum est a quacumque forma iudiciali, regitur omnino et exclusive ex tenore mandati. Sed horum potestas finitur, pene iisdem modis, quibus arbitri munus cessat, uti recte notat Pirhing *h. t. n. 26.* Siquidem utrorumque potestas innititur conventioni, quae iisdem fere de causis resolvitur.

36. Modi pacificae compositionis quantopere attendendi sint ut in usum hodiernum adducantur, nemo non videt: hodiernis enim temporibus cum forum Ecclesiasticum multis de causis, iudiciis exercendis fere ubique impediatur, huiusmodi modi non iudiciales, ordinati ad lites rite componendas, Ecclesiasticis Praesulibus magno usui esse possunt. - Quamobrem in iisdem explicandis diutius immorari censuimus.

Sed iudex eccl., ex iure constituto, partes cogere non potest, ut compromissum ineant. In quod propositum revocentur quae docuimus, *de transactionibus, pag. 42.* Nam ius positivum nonnullos tantum expressit casus in quibus arbitri eligendi esset; hosque iam explicavimus.

CAPUT III.

DE IUDICIIS.

Huc referantur Tit. I, Lib. II-X, Tit. 1, Lib. II, in VI, Tit. I, Lib. II, in Clem., et Tit. I in Extrav. comm.

Summarium. — 37. In Iudiciis *publica auctoritate* lites dirimuntur. — 38. Iudicii descriptio. — 39. Iudicis definitio. — 40. Iurisdictionis notio non eadem est in iure can. et romano. — 41. Iurisdictionis notio, ex iure rom., exponitur. — 42. 43. Explicantur eiusdem divisiones. — 44. Amplior significatio iurisdictionis in iure can. — 45. Item amplior iurisdictionis *delegatio* ex iure can. — 46. Divisiones iudiciorum; ratione causae efficientis nempe iudicis. — 47. Aliae divisiones, ratione materiae; — 48. Ratione formae; — 49. Ratione finis.

37. Hactenus de litibus *privata auctoritate* compositis; nunc de iudiciis, quibus *publica auctoritate* lites dirimuntur.

38. In iudiciali controversia duo inter se contendunt, *quid iuris sit* quoad aliquod factum; vel an *aliquod factum* extiterit unde *ius* gignitur; quam ad sopiendam litem quum partes nolint aut non valeant *amice* convenire, iudicem adeunt qui iuris et facti dubia removeat et quod iustum et aequum est inter partes edicat. Iudex vero, publica pollens auctoritate, quaestionem dirimit non solum divino et naturali iure prae oculis habito, sed pressius adhaerens iuri positivo, partium petitione attenta, atque servato procedendi modo a iure praestituto. Hinc ita describitur iudicium: « *Legitima controversiae quae inter actorem et reum est, per iudicem cognitio, discussio ac definitio* ».

39. Iudex a quo necessario iudicium discriminatur ab aliis litium dirimendarum modis, definitur: « *Persona legitima quae publicam potestatem habet cognoscendi de litigantium con-*

troversiis et secundum praescripta legum de eisdem pronuntiandi ». Ex dictis, verba definitionis clara sunt: sed necesse est, naturam intimius examinare publicae potestatis, qua iudex efficitur et pollet.

40. *Iurisdictio* est vocabulum huius potestatis proprium. Iuristae cum Glossa in *l. Ius dicentis, ff. De Iurisdict., V. Potestas*, communiter iurisdictionem sic definiunt: « *Est potestas de publico introducta cum necessitate iuris dicendi et aequitatis statuendae* ». Verum haec definitio non convenit cum illa quae *iurisdictionis* in iure can. solet dari, cum Pirhing *(tit. De off. iud. ord. n. 1)* et aliis; nempe ut iurisdictio sit: « *Potestas publica circa aliorum regimen seu gubernationem* » (1). Non potest convenire, *primo*, quia iurisdictio in Ecclesia non est *de publico* seu a republica vel a populo, sed a Christo D. Ecclesiae Institutore; *secundo*, prout definitur a canonistis, omnem complectitur potestatem ad populum christianum regendum, nempe *legislativam*, *executivam* et *iudicialem:* e contra in conceptu iuris civilis romani, solam comprehendit iudicialem. Potestatem enim *legislativam* et *executivam* Romani comprehendebant sub nomine *imperii* quod, quasi in suo fonte, in populo residebat quodque, vigente republica, per se exercuit populus in legibus ferendis, sed transferre consuevit in Imperatores, postquam rerum summa ad eos delata fuit, uti aperte innuit Gaius (Inst. I-5): « nec unquam dubitatum est quin id (constitutio principis) legis vicem obtineat, cum ipse imperator, *per legem, imperium* accipiat » (2).

41. Ex hac latitudine potestatis *iurisdictionis* in iure ca-

(1) Hunc conceptum iam proposuerant Molina, *De Iustitia et iure, Tract. V, Disput. 2;* et Leyman, *De Legibus, V-8*, et probat Reiffenstuel, *t. cit. n. 3.*

(2) Haec dicebatur « *lex curiata de imperio* » quia a curiis in comitiis ferebatur. Cf. Padeletti, *Storia del Diritto Romano, Period. I, cap. 2.*

nonico, Ecclesiae Praelati, et Antistites *Iudices* (1) fuerunt appellati, ut attestatur rubrica *De officio iudicis ordinarii,* qua inscribitur *titulus 31, lib. I, Dec. Greg. IX.* Verum, ex instituto nostro, de iudicibus nos agimus, quatenus iudicandi potestatem habent, et de iurisdictione sermo erit, accepta sensu iuris romani. Iuvat proinde iurisdictionem explicare iuxta conceptum iuris civ. Romanorum.

Hi, in ministerio iuris dicendi, veluti duas distinguunt functiones, nempe facultatem, *a*) investigandi controversiam eamque sententia definiendi; *b*) cogendi partes ut iudicis mandatis obtemperent, sententiamque prolatam exequendi. *Notio* dicta fuit haec facultas definiendi litem; *imperium* appellata est potestas exequendi decreta iudicis. Et Ulpianus in *l. 3, De iurisdictione, ff.*, advertit: « Imperium aut *merum* est aut *mixtum. Merum* est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. *Mixtum* est imperium, cui etiam iurisdictio inest etc. » Nimirum istud comprehendit potestatem exequendi ea quae a iudice decernuntur.

Nam uti habet Iavolenus in lege *2 eius. tit.:* « Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest ». Hoc principium acceptavit et suum fecit ius can., prouti eisdem fere verbis decernit Innocentius III in *cap. 28, De off. iud. deleg. X* (I-29) (2). —

(1) Hoc Episcopi nomen et alia quibus consuevit appellari, historice explicat Mamachius, *Origin. et antiquitat. christian., lib. 4, cap. 4, tom. 2.*

(2) Sebastianus Berardi, *Comm. in ius ecc. univ., Dissert. I, cap. 1,* ait quod Romani « ..... quadruplicem in republica potestatem et ius agnoscebant et distinguebant; nimirum *maiestatem, imperium, iurisdictionem* ac *notionem. Maiestatem* dicebant supremum illud ius, ceterorum omnium iurium originem ac veluti fundamentum, ex quo omnia iura potestatesque manarent, elucebatque potissimum in legibus ad commune bonum ferendis.

Quocirca in *mixto imperio* continetur modica coercitio iudici necessaria ad compescendas partes reluctantes tum in iudicio persequendo tum in sententia exequenda. — Praeterea in more fuit apud Romanos *(arg. l. 5, De iurisd. ff.)*, ut magistratus ordinarii, veluti Praetores, suam iurisdictionem alteri mandare possent; vel universam nempe iurisdictionem cum mixto imperio; vel tantum *notionem*. Cautum fuit non posse mandari unum *mixtum imperium;* ex *l. 1, De off. eius cui mand. est iurisd. ff.* (1). — Mandare seu delegare *notionem*, Romani dicebant *iudices dare*. Ita Ulpianus in *l. 3, cit. De iurisd. ff.* ait, *in fin.: « Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia »*. Et Inn. III in cit. cap. iisdem utitur verbis, advertens: « .... *cum delegato a Principe iurisdictio dandi iudicem sit a lege concessa* .... »; videlicet delegandi alii iurisdictionem.

42. Iurisdictio distinguitur in *contentiosam* et *voluntariam;* in *ordinariam* et *mandatam* sive *delegatam*.

Contentiosa ea est quae exercetur inter eos, qui iudicio contendunt; *voluntaria extraiudicialiter* exercetur *in volentes;* seu quin ille, in quem exercetur, aut alius contradicat, aliquid

Residebat illa in populo, liberae Reipublicae tempore, translata deinde in Imperatores, aetate recentiore etc. » Sed haec omnia potius videntur contineri in potestate *imperii*. Nam *maiestatem* ita definit Cicero *(De Orat.* II-39): « Majestas est amplitudo ac dignitas civitatis » et Quintilianus (VII-3-35) ait: « Maiestas est in imperio atque in omni populi romani dignitate ». Haec adverti debent ut canonistarum intelligatur ratio loquendi. Hi enim solent in *imperii* potestate comprehendere omnem potestatem *legislativam* et *executivam*. Ita Pirhing qui *l. c. n. 1* in quatuor gradus distinguit *imperii* potestatem, pro variis functionibus potestatis, praecipue, executivae.

(1) Haec lex ita § *1:* « Verius est enim, more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium, quod Lege datur, non posse transire; quare nemo dicit, animadversionem Legatum Proconsulis habere, mandata iurisdictione. Paulus notat: et imperium quod iurisdictioni cohaeret (nempe *mixtum*), mandata iurisdictione transire, verius est ».

aliud expostulando a iudice. Magistratui, iure Romano, praeter contentiosam iurisdictionem solebat competere etiam *iurisdictio voluntaria*, ex *l. 2, De off. proc. et leg. ff.*, comprehendens aliquos casus *potestatis executivae* qui fere semper exquirunt extraiudicialem cognitionem. — Quare voluntaria transit in contentiosam iurisdictionem, interventu iusti contradictoris. — Negotia huius generis sunt, in civilibus, *adoptare, manumittere.* Item iure canonico, iudicibus ordinariis concessa fuit iurisdictio voluntaria; vi cuius ipsis competit, *ordinare, consecrare, beneficia* conferre, a censuris *absolvere*, et alia huiusmodi. Hinc voluntaria iurisdictio non comprehendit omnes actus qui non cadunt sub contentiosa, sed quosdam speciales, qui non sunt *potestatis legislàtivae* et *iudiciariae* sed executivae seu *imperii* (1).

43. Sed tam contentiosa quam voluntaria est vel *ordinaria* vel *delegata.* Iurisdictio *ordinaria* est *quae cuipiam iure proprio* seu ratione *officii* aut *dignitatis* suae competit; mandata e contra seu delegata est quae alicui *non iure proprio* competit *sed ab alio habetur, cuius nomine exercetur.* Inquam, *mandata* seu *delegata,* quia quamvis iure romano inter utramque aliqua adsit differentia; *arg. l. l. 1,* § *1 et 2 ff. Quis, a quo appellatur ff. (lib. 49)* adeo ut *mandata* potius dicatur iurisdictio quasi ad particularem casum concessa, *delegata* vero appelletur quae ad universitatem causarum vel saltem ad plures casus tribuitur; verum, in iure can. utrumque voca-

(1) Quare nimis generalis videtur notio a cl. D'Annibale tradita, (I, n. 72) docente: « *Contentiosa (iurisdictio)* quae exercetur inter eos qui in iudicio contendunt: quae non sic exercetur, est *voluntaria* ». Siquidem in voluntaria iurisdictione sane non continetur potestas *legislativa* quamvis non exerceatur in iudicio. Nam voluntaria iurisdictio est species potestatis executivae, versaturque circa negotia non *contentiosa*, impertiens aut recognoscens privatis nonnulla iura, quae contradictioni obnoxia non sunt.

bulum promiscue adhibetur, ut evincitur ex *c. c. 19, De off. et pot. i. d. X* (I-29); et *12 eiusd. tit. in 6* (1).

44. Hic conceptus iurisdictionis hactenus explicatus integer pertransiit in ius canonicum, quamvis ipsum vocabulum iurisdictionis extensum sit ad significandam omnem potestatem gubernativam. — Ius canonicum vero tum in *iurisdictione ordinaria* tum in *voluntaria*, quoad facultatem delegandi, aliam induxit ampliationem. Iure enim romano arctioribus limitibus constringebatur facultas delegandi: magistratus enim iurisdictionem habentes ordinariam, poterant delegare, vel *universam* iurisdictionem, vel *notionem* tantum, seu iudices dare (qui notionem tantummodo habebant); delegatus vero quicumque subdelegare non poterat; quia lex *5, ff. De officio eius cui mand.* iubet: « *Mandatam sibi iurisdictionem mandari alteri, non posse manifestum esse* ». Cfr. Devoti *(Ius Can. Univ. Tit. De off. iud. deleg. n. 4)*. Iure can. vero iurisdictionis delegatio ampliorem habuit usum, adeo ut habenti iurisdictionem, in genere, permissum fuerit eamdem delegare vel etiam subdelegare, quod factum est, ut ait Innocentius III in *cap. 27, De off. et pot. iud. deleg. X* (I-29), « *ut auctoritas Iudicialis liberius valeat exerceri* ». Praeterea, per canones, amplior quoque facta est facultas delegandi potestatem executivam seu potestatem *imperii*, demandando etiam munus pure executoriale seu mini-

(1) In lege cit. *1. De off. eius cui mandat. ff.* § *1* cavetur: « Qui mandatam iurisdictionem suscepit proprium nihil habet, sed et eius qui mandavit iurisdictione utitur ». Quam legem, ne fiat aequivocatio, commentatur Pirhing (in *tit. 29, lib. I, n. 1*) advertens, distinctam esse iurisdictionem delegantis a delegati iurisdictione, et concludit, § *Additur denique*, eiusd. num.: « .... iurisdictio iudicis delegati potissimum differt a iurisdictione Vicarii Generalis Episcopi (quam ordinariam esse supra probavimus) quippe, qui non diversam sed eamdem iurisdictionem cum iurisdictione committentis habet; delegatus vero distinctam habet, quamvis inferiorem et subiectam iurisdictioni delegantis etc. » Hinc a delegato ad delegantem appellatur.

steriale, videlicet *articulum non iurisdictionalem*, ut loquuntur canonistae.

45. Revera statutum fuit:

1) Iudicem ordinarium, etiam summo principe inferiorem, posse uni vel pluribus (aut uti singulis seu in solidum, aut uti collegio) causam particularem vel quamdam universitatem causarum delegare, nisi hoc expresse prohibeatur a iure; et dummodo universam non ita deleget iurisdictionem, ut ipse videatur suo munere abdicasse; quod sine Pontificis consensu fieri non potest. Cf. *c. c. 16, 21, 22, cit. tit. 29, lib. I, X et 7 De off. ord. in 6* (I-16) *et Concil. Trid. sess: 24, cap. 6 De reform.*

2) Delegatus Papae potest causam subdelegare, etsi delegatus fuerit tantum ad causam particularem, eamque vel integram uni vel pluribus subdelegare potest; ex *c. c. 3, 18, 26, cit. tit. 29, lib. I, X et 6 eiusd. tit. in 6 et cap. unic. eiusd. tit. in Clem. et cap. 62 De appell.* (II-28); nisi industria personae electa sit aut delegatum fuerit nudum ministerium aut subdelegandi facultas expresse sublata fuerit; *arg. cap. 43, §§ 1, 2, cit. tit. 29, lib. I, X.*

3) Delegatus vero ab inferiore iudice causam subdelegare non potest; ex *cap. 62 cit. De appell.;* nisi habuerit speciale mandatum aut subdeleget partem non iurisdictionalem, utputa simplicem auditionem testium iuxta interrogatoria a iudice ipso iam exarata; aut quamcumque aliam meram executionem alicuius a iudice editi decreti; cf. Pirhing *tit. 29, lib. I, n. 21-29.*

4) Delegatus ad universitatem causarum seu ad aliquod genus negotiorum, delegatus nempe ab ordinario *inferiore* summo principe, causas subdelegare potest; quia huiusmodi delegatus passim comparatur *iudici ordinario.* Tamen integram iurisdictionem demandare non valet, ita ut se hoc munere abdicet; nisi hoc expresse concessum sit; cf. Bouix *De iud. eccl. tom. I, pag. 146.* Qui auctor rite observat, secutus Schmalzgrueber *tit. 29, lib. I, n. 11,* hanc potestatem isti delegato non

ab aliquo canone derivare sed *a consuetudine.* Ratio enim analogiae huiusmodi *delegati* cum iudice *ordinario*, nimis urgenda non est. — Consequentia practica est, subdelegationem non admittendam esse nisi certo constet de legitima, quoad illam regionem, consuetudine, ait *cit. auct. l. cit.*

5) Papae delegatus vel per se vel per alium suam exequitur sententiam. — Quaestio est, an delegatus ab *inferiore* iudice ipse exequi suam sententiam possit, an potius exequendam remittere debeat iudici deleganti. Ex iure civili romano (*arg. l. A divo Pio - De re iudic. ff.*) hoc alterum praestandum esset. Sed, ex iure can. verius est, hunc delegatum posse per se exequi sententiam, ut tenent plures cum Abbate, in *cap. Pastoralis* § *quia vero, tit. 29, lib. I*, et probat Reiffenstuel in *eumd. tit. n. 110.* Quae sententia tutissima iudicanda est, praesertim si gravis aliqua urgeat causa.

6) Ille vero cui commissum est nudum ministerium seu articulus non iurisdictionalis, etsi a Papa hoc mandatum sit, non potest hoc alteri delegare, quia, a iure, praesumitur electa industria personae; cf. Pirhing *l. c. n. 13.*

46. Haec innuenda erant ut publicae potestatis pateret natura qua iudex efficitur et pollet, quaque iudicium necessario a *transactione* et *ab arbitrio* discriminatur. Hinc iudex est causa efficiens iudiciorum; et si iudex est ordinarius iudicium est *ordinarium*, si delegatus est *delegatum;* si Ecclesiasticus *Ecclesiasticum;* si saecularis *saeculare;* et ita porro.

47. Aliae divisiones Iudiciorum solent desumi ex aliis generibus causarum. Ratione *materiae* iudicium est *spirituale*, in quo causa *spiritualis* vel *spirituali annexa* tractatur; *temporale*, in quo de re temporali et profana agitur. *Universale* in quo contenditur de aliqua *universitate* iurium, uti est haereditas, ecclesia; *generale*, in quo agitur de pluribus iuribus sed separatis seu nullam *universitatem* conficientibus, quale est iudicium *tutelae, negotiorum gestorum*, institutum super ge-

nerali administratione; *speciale* est quod versatur circa rem *certam* et *singularem*, puta beneficium aliquod; vel etiam circa rem determinatam, plura continentem individua, veluti gregem. Est *reale*, in quo contenditur de iure reali et de iure in re, v. g. de *dominio*, de *servitute; personale*, in quo disputatur de iure in personam seu ad rem, videlicet de obligatione ex contractu vel quasi contractu, ex delicto vel quasi delicto, vel ex alia causa. — Quando disceptatur de proprietate rei, ex. g., alicuius domus, praedii, aut de iure aliquo in re vel ad rem agitur, iudicium vocatur *petitorium; possessorium* vero si partes contendant de sola rei possessione vel iuris quasi possessione adipiscenda, retinenda, recuperanda.

48. Ratione *formae* dividitur in *ordinarium* seu *formale;* et in *extraordinarium* seu *summarium.* — Iudicia enim debent certo ritu seu processu institui ac terminari. Quae ad processum ordinandum pertinent, nonnulla praescribuntur a iure positivo, iuxta exigentiam iuris naturalis, et sunt ea iudicii elementa, necessaria ad facti quaestionem rite enodandam, adeo ut quod suum est, unicuique contendentium tribuatur. Hoc iure censentur *partium citatio, probatio*, *defensio.* Alia vero ad processum pertinentia, iure positivo introducta sunt, ut processus constaret non tantummodo necessariis requisitis sed etiam quibusdam utilibus elementis; et hoc conforme est rerum naturae, cui quaedam insunt *ut sit*, alia ut *bene* sit. Ita certa assignatio terminorum ad exhibenda acta, quaedam solemnitas actuum iudicialium mirifice respondent fini iudiciorum. — Iamvero iudicium in quo servantur omnes iuris positivi praescriptiones et solemnitates, dicitur *ordinarium* seu *formale.* Illud autem in quo servantur tantummodo iuris positivi requisita, exacta ad ius naturale, aliaque praetermittuntur quae celerem litis expeditionem retardant, magis ordinata, suapte natura, ad actorum solemnitatem, dicitur iudicium *extraordinarium* seu summarium. — Assignantur a iure causae in quibus summarie procedi

potest, et sunt causae celerem expeditionem requirentes; cf. *c. c. Dispendiosam 2*, *De iudicis* (II-1) in Clem. et *Saepe contingit 2*, *De verborum significatione* (V-11) in Clem. et *l. Nequiquam* § *De plano ff. De off. proconsul.*

49. *Ratione finis* dividitur iudicium in *civile* et *criminale*. Nam uti, cum communi, notat Card. De Luca *De iudic. dis. 1, n. 1,* iudicia omnia aut *dirimendarum controversiarum* aut *puniendorum maleficiorum causa comparata sunt*. In primo casu dicuntur *civilia;* in secundo *criminalia*. In *civili* iudicio principaliter intenditur commodum privatum partium, ita ut, etsi agatur de crimine, intendatur damnum actori ex hoc crimine illatum; et hinc aliquando de *criminibus* agitur *civiliter*. E contra in *criminali iudicio* quaeritur de quodam delicto ad *publicam vindictam* seu *ad publicum bonum*. Proinde duplex tantummodo est finis iudiciorum; unde materia iudiciorum *spiritualis, ecclesiastica*, *temporalis*, *laica* subiacet huic duplici fini et hac de ratione secuti vulgaria vocabula, inscripsimus hanc tractationem, *De iudiciis ecclesiasticis civilibus* (1).

(1) Sed passim apud canonistas, plures aliae proponuntur iudiciorum divisiones. Maranta in *Speculo aureo, part. 4,* ad viginti, numerat huiusmodi divisiones; cf. Scaccia *Tract. de iud. cap. 2.*

TITULUS II.

DE PERSONIS IN IUDICIO ECCLESIASTICO PARTEM HABENTIBUS.

Summarium. — 50. Personae iudicium constituentes sunt, *iudex*, *actor* et *reus*. — 51. Harum formalis et phisica distinctio requiritur. — 52. Exponitur quomodo resolvantur quaestiones fiscales aliaeque Principi pertinentes, in quibus hic *est iudex in causa propria*. — 53. Quando aliqua causa dicatur *iudici propria*. — 54. De causis propriis Episcoporum. — 55. De personis iudicio accessoriis.

50. Iudicii obiectum est quaedam quaestio seu causa, a contendentibus supposita sententiae auctoritativae magistratus. Iamvero in hac nonnullae personae necessariam partem habent ad iudicium constituendum, aliae non necessariam seu minus principalem, ordinatam nimirum in adiutorium personarum iudicium constituentium.

Necessario iudicium ingrediuntur, *Iudex*, *actor*, et *reus*; nam inter agentem ad aliquid sibi habendum seu *actorem* et alium a quo repetitur res, seu *reum*, *iudex* ius dicit, quasi *ius dicens populo*; ut habet, *caput Forus, 10*, *De V. Sig. X* (V-40). Hoc principium, iure positivo, confirmat Inn. III, in *cap. 24, De Accusationibus, X* (V-1). At in criminalibus actor appellatur *accusator*. Quocirca duae personae necessariae sunt ad constituendam iudicialem contentionem, seu *actor* et *reus*; scilicet qui petit et a quo petitur; tertia vero persona requiritur, seu *iudex*, ad controversiam iudicialiter definiendam.

51. Consequentia principii est *neminem iudicem esse debere in causa propria*, — videlicet neminem esse debere *actorem* et *iudicem*, nec *reum* et *iudicem* in certa causa iudicialiter definienda. Quamvis enim non possit concipi iudicium

seu iudicialis contentio quin habeatur *edicens ius* inter *illum* qui aliquid petit *et illum* a quo petitur, tamen *phisica* et *materialis* debet esse istarum personarum distinctio, non tantum *formalis*, prout accidit si idem *iudex* sit *ille* qui agit ad habendum aut is a quo res exquiritur, nempe si quis sit *iudex* in *causa propria:* tunc enim iudicis sententia est necessario suspecta.

52. Sed hic quaestio exoritur, quomodo *iudicialiter* componi possint controversiae agitatae inter principem seu iudicem supremum, superiorem non habentem, et suos subditos. — Nam ex una parte, dedecere videtur, iudicem superiorem iudicari ab inferiore, ex alia vero, obstat principium: *neminem iudicem esse debere in causa propria.* — Quae quaestio gravis est et practica, quippe respublica, non minus quam aliae personae phisicae et privatae, suum habet patrimonium; scilicet res suas et sua iura, quae proinde princeps tueri debet contra privatorum impetitiones, etiam in iudicio; sed tunc quinam sedebit iudex inter principem iura reipublicae tutantem et civem sua defendentem? Huiusmodi quaestiones dicuntur *fiscales* seu pertinentes ad *Fiscum*, nimirum ad patrimonium reipublicae (1).

(1) Leurenius *(Forum eccles. tom. 3, quaest. 460, n. 1)* advertit quod *Fiscus* « sumitur pro toto aliquo collectivo seu rerum universitate, pecuniarium et iurium, ad rempublicam spectantium, ita ut quod in privato est patrimonium, illud in republica sit Fiscus. Unde describi potest (cum Lauterbo ad *ff. de Iure fisci* § *4)* quod sit *patrimonium reipublicae, res omnes et iura ad peculiare eius commodum pertinentia comprehendens, utilitatibus et necessitatibus publicis inserviens:* fungiturque mystice seu civiliter vice personae; dum de eo quasi de persona aliqua loquimur dicendo: Fiscus succedit, contrahit, alienat, litigat aliaque facit per advocatos et procuratores suos ». — Ipsa vocabuli etymologia hunc conceptum designat, quia latine *fiscus* proprie significat *vas* ex viminibus, ex iuncis aut ex alia simili materia confectum; et graece φύσκος *involucrum* exprimit; quare utrumque vocabulum ideam retrahit primigeniam pecuniae in vase reconditae.

Card. De Luca *(Lib. De Iud. Disc. I, n. 27-28)* ita respondet quaestioni: « Et quamvis plures personae a lege privilegiatae sunt, ut iudices in causis propriis esse valeant, ut praesertim sunt supremi principes *fiscum* habentes cui hoc privilegium conceditur, adeo ut apud vulgum una et eadem persona reputari soleat iudicis et partis; adhuc tamen ista personarum distinctio verificari dicitur, vel quia princeps non per se ipsum, sed per tribunalia ac magistratus a se deputatos iudicare solet, vel quia ubi etiam per se ipsum velit iudicare, eius officialis vel minister *fiscalis* partes actoris vel rei respective explicare dicitur, iuxta frequentem in omni fere materia enunciatam distinctionem plurium personarum formalium in eadem persona materiali ». Qua ex attestatione deducimus, principes solitos fuisse huiusmodi controversias committere iudicibus vel tribunalibus ad hoc deputatis, vel ipsos per se iudicasse, sed antea auditis, et interrogatis procuratoribus qui partes actoris vel rei supplerent in iudicio. — Haec est *historica* quaestionis solutio. Etiam in Curia Romana Pontifices non dissimili ratione huic difficultati consuluerunt.

Sed demum quid iuris de quaestione abstracta, an nempe princeps sua iura patrimonialia aut iura *fiscalia* possit per se defendere et iudicare? — Schmalzgrueber *(tit. De iudicis, n. 18)* citans plures alios respondet *affirmative,* quamvis moneat hoc absonum esse a iure naturali. — Verum haec responsio non videtur rem conficere; siquidem principi sane est recognoscenda potestas expediendi huius generis negotia, adeo ut ipse edicat quomodo componendum sit negotium litigiosum. Sed haec decisio est ne dicenda vere *iudicialis?* Iamvero non est iudicialis decisio quae editur non praemissa contentione inter actorem et reum coram iudice. Est decisio simpliciter, *administrativa et executiva* seu de*clarativa* iuris, quae erit admodum aequa et iusta, si princeps omnia rite et probe examinaverit et aestimaverit; sed *sententia iudicialis* appellari non potest. — Caeterum

facile est intelligere, quod negotium contentiosum aliusmodi componi valeat, praeter viam *stricte* iudicialem. Cf. Bouix, *De Iud. tom. I, pag. 130.*

53. Criterium vero ad dimetiendum, *an aliquis sit iudex in causa propria*, est ipsum *interesse* iuxta adagium, *interesse est mensura actionis,* nimirum relationis et pertinentiae alicuius causae cum aliquo. Nam loquimur de *interesse* quod auget vel minuit patrimonium nostrum vel nostra iura personalia. — Exinde patet, quomodo quaestio an iudex habeat competentiam seu auctoritatem necessariam ad diiudicandam certam causam vel potius haec diiudicanda sit ab alio iudice apud aliud tribunal, non censetur causa *propria* iudicis cui haec quaestio movetur, eamdemque hic idem iudex definire debet (1).

54. Etiam Episcopo aliquando occasio porrigitur iudicandi *in causa propria*. Si enim causa aliqua pertineat ad eius Ecclesiam seu ad fiscum Episcopalem, Episcopus qui iudicat de illa causa, videtur iudicare de causa propria. — Quare Curiae Episcopali rite ordinatae competit suum habere procuratorem

(1) Arg. *l. Siquis 5, De iud. ff.* ubi dicitur: *praetoris est aestimare an sua sit iurisdictio.* Schmalzgrueber, *tit. De iud.* § *19*, ita interpretatur: « Ratio est quia huiusmodi causa licet propriae similis sit, tamen revera non est propria cum eius commodum et utilitas ad iudicem non pertineat. Accedit, quia praevia eiusdem cognitio necessaria est ut iudicandi munere rite fungi iudex possit ». Adiicit vero tres exceptionum casus qui pendent a principio a nobis expresso. — Ait enim *l. c.* « .... nam triplici casu cognoscere de iurisdictioue in controversiam tracta, an sua sit, nequit,

1) quando obiicitur defectus sugillans personam eiusdem v. g. quod sit excommunicatus, infamis, iurisdictionis incapax,

2) quando recusatur ut suspectus, nisi exceptio suspicionis sit frivola,

3) si iudex cuius iurisdictio dubia est, ex causae cognitione notabile emolumentum v. g. magnae quantitatis sportulas percepturus est ». — Sed an iudex eccl. possit mercedem a partibus recipere, videbimus suo loco.

fiscalem, qui agat vel in iudicio respondeat pro iuribus fiscalibus. Causae vero fiscales satius est ut dirimantur per sententiam iudicialem Vicarii Generalis. — Quod si partes exceptionem suspicionis opponant Episcopo et Vicario Generali, eamque legitime probant, opportunum esset fisci causa submittere sententiae arbitrorum.

Inquam *si causa pertineat ad fiscum Episcopalem;* nam si directe pertineat ad ipsum Episcopi familiare patrimonium, vel aliunde directe Episcopi personam tangat, adeo ut in causa cum quodam clerico agitata, ipse *reus* vel *actor* esset, arbitri essent constituendi, iuxta ea iam declarata, agentes de arbitris iuris. Sed haec largius exponemus in tractatu *De iudiciis in specie,* interim cf. Bouix, *l. c. pag. 470*, et Pellegrini, *Praxis Vicariorum, Part. 4, Sect. 1, n. 18 seq.*

55. Partem non necessariam seu minus principalem habent personae iudicem adiuvantes seu iudices instructores, assessores, auditores, referendarii, notarii, apparitores; nec non partem accessoriam habent advocati et procuratores, qui reo et actori opera et consilio adsunt. Horum omnium officium modo exponere debemus, sed prius de principalibus agemus, postea de accessoriis.

CAPUT I.

DE ACTORE ET REO.

Huc referantur Tit. I, L. II, et Tit. I, Lib. II in VI.

Summarium. — 56. De his personis in primis agendum. — 57. De officio actoris. — 58. De rei officio. — 59. Actor et reus possunt etiam allegare ius. — 60. Principia ex istarum notione descendentia.

56. Iuvat agere de actoris et rei officio in iudicio, antequam agamus de officio iudicis, ut maxime sequamur naturalem iudicii evolutionem. Nam contentio iudicialis praecipue pendet ab actore et reo, ab eisdem proprium characterem assumens. Revera iudex intervenit inter contendentes, quorum unus aliquid sibi vindicat; alter inficiatur se debere; vel non ita se debere affirmat.

57. Actor dicitur qui in iudicio aliquid petit; in civilibus petit *rem,* in criminalibus *poenam.* Quia petenti aliquod uti suum, non tribuitur, nisi suum esse probaverit, patet quod actor suam intentionem probare debet, probationibus manifestis. Si in probando deficiat, non obtinet suam intentionem contra reum, et hinc si centum scutata petebat a reo, nihil obtinet. Quapropter *actor* est, qui promovet quaestionem iudicialem et eam urget ea intentione ut reus cogatur ad parendum actoris intentioni. Unde iudicis sententia eo spectat, vel ut reum condemnet, vel ut hunc absolvat ab impetitione actoris; sed nunquam actoris condemnationem importare potest. Quocirca in specie supra proposita, esset absurdum, quod actor quum non probaverit suam intentionem, a iudice condemnaretur ad solvenda scutata, utputa mille; unde axioma « *Actor non condemnatur* ».

Debet vero actor probare *factum*, in quo fundat *ius;* non ipse *ius* interpretari et applicare debet, quod iudicis est.

Persona actoris *phisica* vel *moralis* esse potest, quatenus unus vel plures sint illi aliquam rem sibi in iudicio vindicantes vel aliquod ius defendentes: cf. *cap. 72, De appell.* (II-28). In *Cod. lib. III, tit. 40*, inscribitur: « *De consortibus eiusdem litis* ».

58. Reus, ita appellatus *a re debenda,* est qui ab actore in ius vocatur. Ipse, qua reus, *passive* habere se debet nec tenetur aliquid probare; sed eius interest refutare actoris probationes, seu demonstrare factum ab actore allatum non extitisse. Dixi, *qua reus*, nam si *factum* actoris negare non possit sed aliud factum ipse reus proferat modificans aut destruens intentionem actoris, hoc factum probare debet « *qui affirmat probare debet* »; et hoc sensu « *reus excipiendo fit actor* », idest, adsumit onus probandi quod excipit; ut ecce, si actori petenti rem *ex empto vendito* reus non neget venditionem, sed opponat se dolo deceptum esse aut non suae mentis fuisse quum contraxit, hoc probare debet. Unde regula generalior est: ex *l. 2, ff. De Probationibus:* « *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* ». — Praeterea reus, ex generali regula, *cogitur* in iudicium comparere, quia iudiciali citationi parere debet qua apud iudicem convocatur; et hinc reus ordinario est *necessarius*. Ast aliquando est *voluntarius*, veluti quando fit citatio, adiecta clausula, in causis electionum, *ut si qui sint qui se velint opponere, compareant*, intra assignatum peremptorium tempus; ex *cap. 47, De elect. in 6* (I-6).

Item *reus* persona *phisica* vel *moralis* esse potest, seu plures eiusdem defensionis *consortes* esse possunt; unde litis consortium est *activum* vel *passivum*. — Quia reus excipiendo fit actor; ex adverso ipse actor fit reus, si reconveniatur per petitionem alterius partis. Ita in iudiciis *familiae herciscundae* qui prius provocat ad iudicium, est actor, petens divisionem patrimonii familiaris; sed vicissim ipse fit reus respectu alterius conventi, qui et ipse petit ratam partem assis familiaris. — Haec

iudicia ob duplicem qualitatem actoris et rei, concurrente in unoquoque litigante dicta sunt *duplicia;* et cautum est « *eum videri actorem qui ad iudicium provocasset* » (ex *l. 13, De iudic. ff.*); « *sed quum ambo ad iudicium provocant, sorte res decerni solet* » (ex *l. 14, eiusd. tit. ff.*). Item quando actor et reus statuant appellare, « *qui appellat prior, agit* » (ex *l. 29, eiusd. tit. ff.*) seu actor est. — In causis matrimonialibus non raro accidit ut qui alium convenit in iudicium, seu *actor*, et ipse a convento seu a *reo* vicissim reconveniatur: cf. Schulte, *Process. Mat.* § *21.*

59. Uti actoris probationes ita rei defensiones *factum* necessario et principaliter respicere debent; tamen non interdicitur actori et reo allegare *legis* articulum respicientem factum controversiae, vel indagare iuris voluntatem quoad casum particularem et ex generalioribus iuris principiis deducere particularem legis applicationem, eiusque aequitatem. Quae animadversiones iudici suppositae eius intellectum illustrant illumque in sententia proferenda adiuvare intendunt; sed ab eo posthaberi omnino possunt, si minus rectae et iuri non conformes videantur (1).

60. Ex tradita actoris et rei notione probe intelligi possunt haec principia:

1) « *Actore non probante, qui convenitur* (reus) *etsi nihil ipse praestiterit, obtinebit* » ex *cap. Cum Ecclesia, 3, De causa poss. et propriet. X* (II-12); aliis verbis, *actore non probante*

(1) Sunt celebria in legislatione can. iudicia agitata ex remedio *l. diffamari Cod. De ingenuis manumissis.* Dicta sunt etiam a pragmaticis iudicia *iactationum.* Eo ordinantur ut si quis adversus alium iactet aliquod ius, utputa se esse verum dominum fundi quem alius possidet; vel aliquem diffamet veluti divulgando eum natum esse ex adulterio; hic iactator vel diffamator vocetur in iudicio ut probet sua asserta. — Iamvero diu quaesitum est et adhuc lis sub iudice est, quisnam *actor* habendus sit in huiusmodi iudiciis, an diffamator qui in iudicio provocatur ut probet; et

reus absolvitur, cf. *c. c. 26, De Sent. et re iud. X* (II-27): Si actor suum ius non probat, quid obtinebit a reo?

2) *In Iudicio favorabiliores esse partes rei quam actoris,* ex *l. favorabiliores, ff. De Reg. Iuris,* cf. *reg. 11, iuris in 6.* Reus enim qui provocatur et in iudicium convenitur ab actore, maiorem meretur legis tuitionem. Nam actor paratus in iudicium venit, quippe habet in sua potestate quando reum conveniat; hic vero, etiam ex inopinato, seu non instructus mediis defensionis, actore instante, citatur; actor quod non habet petit, reus quod habet defendere debet. — Hinc reus in iudicio, fruitur quoque privilegiis possessorum, iuxta regulam *65 iuris in 6.* « *In pari delicto vel causa potior erit conditio possidentis* ».

3) Attamen hoc non ita est intelligendum ut reus quasi privilegiato iure utatur adversus actorem, qui fere impari conditione sit in iudicio; quum e contra edicat *cap. 2, De mutu. pet.* (II-4) « .... *quod cum actoris et rei eadem sit conditio, et uno eodemque iure circa appellationis remedium debeat uterque censeri....* ». Proinde aequalis omnino *rei* et *actoris* est conditio, adeo ut uterque efficaciter valeat libere agere et respondere in iudicio; unde « *non licet actori quod reo licitum non existit* » ex *reg. 32 iuris in 6.* Sed quia actor quaestionem movit, suam intentionem probare debet, « *cum sunt partium iura obscura, reo est favendum potius quam actori;* ex *reg. 11 iuris in 6;* etenim semper *in pari causa melior est conditio possidentis.*

probare actoris est; an potius ipse diffamatus qui in iudicium convenit diffamatorem; et alium convenire in iudicio actoris est. — Card. De Luca, *De iud. in disc. II, n. 3 et disc. XVI,* refert praxim Curiae Romanae non consonam praxi aliorum tribunalium; quare iurisprudentia constans non viguit. — Hodie in codicibus civilibus huiusmodi remedium *l. diffamari* non soluit renovari; sed attenduntur ordinariae praescriptiones constitutae ad avertendum damnum iniuste datum. Cf. Mattirolo, *op. cit. V. I, Noz. prelim. tit. III, n. 63.*

4) « *Ut nemo invitus agere vel accusare cogatur* » ex *l. 55 unic. Cod. Ut nemo* (III-7). — Sed hoc non prohibet quominus lex aliquando praestituat peremptorium tempus, quo elapso amplius agi non possit. — Re sane vera actor iuri suo renunciare potest. Inquam *iuri suo*, nam, *a*) si actionem iam proposuerit et litem inchoaverit, potest ad coeptam actionem et litem prosequendam cogi: secus laederet, litem deserendo, *ius rei*. *b*) Praeterea si quis ex officio tenetur bona et *iura aliorum* tueri, quales sunt tutores, curatores, procuratores, administratores, actioni renunciare nequit; quippe tunc est actor *necessarius*. — Hic de *actione;* de *accusatione* agemus in *Lib. II.*

§ 1. *De his qui legitimam habent personam standi in iudicio.*

Summarium. — 61. Quinam capaces sint agendi et respondendi in iudicio. — 62. Non omnes capaces sunt, ipsique capaces non omnes eodem modo agere et respondere debent. — 63. Ab *agendo*, non a *respondendo*, repelluntur absolute *excommunicati vitandi*. — 64. Non *vitandi*, absolute non repelluntur. — 65. Ab *agendo* et *respondendo* repelluntur ordinario Religiosi. — 66. Quinam per alios *agere* et *respondere* debeant. — 67. Explicantur praescriptiones Bonifacii VIII quoad impuberes et minores. — 68. An mulieres per se vel per alios respondere debeant. — 69. Pro ecclesiis et aliis personis moralibus *agunt* et *respondent* ordinarii Administratores, vel speciales Procuratores. — 70. Specialia pro causis matrimonialibus, aliisque similibus. — 71. De quaestione an semper constitui possit procurator, *remissive.*

61. Quia iudicia *publica auctoritate* instaurantur ita ut *actor* et *reus* in *publica auctoritate* iurium inveniant tuitionem; subsequitur inquirendum an publica auctoritas, omnes, etsi capaces ex naturali iure standi in iudicio, ad agendum et respective ad respondendum admittat, seu an omnes indiscriminatim legitimam standi in iudicio personam habeant.

62. At respondendum est *non omnes ad iudicialem actionem admitti, nec omnes qui admittuntur, eodem modo agere et in iudicio respondere posse.*

Cum primis repelluntur ipso naturali iure quo minus personaliter in iudicio compareant, infantes, surdi, muti (1), amentes, furiosi, et ceteri omnes usu rationis non pollentes. Verum alii non *iure naturali sed positivo* repelluntur. Quamvis enim processus iudicialis sit ordinatus in iurium defensionem, tamen nonnulli in poenam a iudiciis agitandis excluduntur veluti excommunicati. — Alii vero uti pupilli et minores arcentur, quia non ipsis sed aliis suorum iurium defensio competit, nimirum tutoribus, curatoribus, nec non arcentur Religiosi pro quibus agere et conveniri seu respondere debet monasterium. — Quapropter *nonnulli excluduntur ab agendo; alii ab agendo et respondendo; alii non per se sed per alios agere et respondere debent.*

63. *Excluduntur tantum ab agendo, tum per se tum per procuratorem, excommunicati, in poenam medicinalem.* — Post bullam Martini V - *Ad evitanda* - distingui debent excommunicati *vitandi* a non *vitandis*. Quoad vitandos teneatur quod decernit Greg. IX in *cap. Exceptionem 12, De Exceptionibus* (II-25): « *Excommunicatus autem publice, et si huiusmodi exceptio non opponitur, nihilominus est officio Iudicis repellendus* ». Quid si agant? invalide ne agunt? *Caput 1, De Except. in 6* (II-12) respondet, acta iudicialia ab huiusmodi excommunicatis posita, suum robur obtinere; sed excommunicatum repellendum esse a prosecutione iudicii; ita ut si iam ventum sit ad sententiam definitivam, huius impediatur executio. —

(1) Surdi-muti iure romano declarabantur iure naturali incapaces ad agendum et respondendum in iudicio. Hodie vero surdi et muti ita solent excoli ut probe sua iura intelligant eaque persequi in iudicio valeant. Quare huiusmodi homines non amplius uti absolute inhabiles habendi sunt. Cf. Bouix, *l. c.*

Excommunicatis enim a iure positivo agere iudicialiter interdicitur; sed quum eis non desit *naturalis* habilitas agendi, et ius positivum eos expresse inhabiles non reddiderit ad agendum, eorum acta iudicialiter posita uti valida habenda sunt, prout decernit Pontifex in *cit. cap.* Qui excommunicati publice denunciati seu vitandi, ne dum ab Ecclesiasticis sed etiam a tribunalibus civilibus debent repelli, ut statuitur ab Alex. IV *cap. 8, De Sent. excomm. in 6* (V-11), cf. regulas *67-72 iuris in 6* (1).

Verum haec praescriptio patitur nonnullas limitationes. Re quidem vera, quia excommunicatus a iudicio repellitur ob incursam *excommunicationem,* sequitur posse agere,

1) si probare intendat excommunicationem contra se latam fuisse *ipso iure nullam.* Secus si hanc esse *iniustam* contenderet; tunc enim fateretur, se esse excommunicatum et hinc prius deberet absolvi.

2) Quia excommunicatio est poena *medicinalis* seu *salutaris*, potest agere ad repellendum periculum animae, ex. g. in *causa matrimoniali.*

3) Item potest agere quando *moralis* obligatio urget, uti si res sit de bono publico suae Ecclesiae cuius ipse est membrum; ut ecce ne indignus ad praelaturam assumatur, vel ad impediendam illicitam rei Ecclesiae alienationem. Et generatim, admittitur excommunicatus quando est actor *necessarius.* Cf. Schmalzgr. *tit. De Iudic. n. 34.*

Excommunicati vero vitandi repelluntur *ab agendo* non *a respondendo;* secus iustitiae cursum praepedirent et de sua malitia commodum reportarent, uti ait Alex. III in *cap. 7, De Iud. X* (II-1), statuens excommunicatum uti reum in iudicio stare debere; tamen addit — *et debet per alium re-*

(1) Nam S. Poenitentiaria *die 5 Iunii 1867* edixit, toleratos tantum hodie communione in humanis non prohiberi. — Excommunicati vero *vitandi* hodie, raro inveniuntur.

spondere in iudicio — seu per procuratorem. Hoc tamen intelligatur de casu quo excommunicatus est reus *necessarius* seu quando ipse provocatur in iudicium. Nam si ipse non citatus velit se iungere alteri citato seu reo, ut et ipse respondeat de nonnullis suis iuribus, connexis cum causa de qua agitur, tunc qua *reus voluntarius* repellendus esset. Siquidem lex admittit excommunicatos ad respondendum, ne careant necessaria defensione, et ne ius actoris praepediatur.

Quamvis verba constitutionis clara sint, non convenit inter canonistas, an *teneantur* excommunicati procuratorem constituere vel potius per se ipsos respondere *possint*. Ratio dubitationis provenit ex difficultate statuendi procuratorem, nam aliquando vel ob arduum negotium vel ob magnas impensas in statuendo procuratore vel ob istius defectum, hoc praeceptum aequivaleret denegatae defensioni: quod est contrarium menti Pontificis. Unde in praxi haec tenenda sententia: excommunicatus vitandus statuat procuratorem, dummodo possit sine gravi incommodo. Cf. Suarez, *De censuris*, *Disput. 16, Sect. 4.*

Possunt vero ita respondere ut etiam excipientes fiant actores, quia exceptio est species defensionis; non possunt novam actionem introducere, aliquid ab actore petendo per reconventionem, quum hoc praetergrediatur limites defensionis. Acatholici, haeretici atque infideles ordinarie ab agendo in foro ecclesiastico repelluntur; vel qua excommunicati vel qua a iurisdictione ecclesiastica remoti, quales sunt infideles. Sed hi omnes aliquando agere vel respondere valent apud eccl. iudices, veluti in causis matrimoniorum mixtorum: cf. Sanchez, *De S. Mat.*, *lib. VII*, *disp. 3, n. 9*, et *arg. cap. 13*, § *5*, *De haereticis*, *X* (V-7) (1).

(1) Nam quamvis infideles Ecclesiae iurisdictioni non sint subiecti, tamen ob ius defensionis iura sua vindicat etiam adversus infideles: est enim societas perfecta. Cf. Nicolai IV Const. *Turbato corde, 5 sept. 1288* et Gregorii XIII Const. *Antiqua Iudaeorum, 10 iunii 1581.*

64. Hactenus de *vitandis* locuti sumus. *Non vitandi* vero, quia lex non in eorum commodum relaxata est sed in fidelium utilitatem, non possunt agere: si agant vero possunt repelli, ob excommunicationem. Sed tum iudex tum altera pars non tenentur eos expellere, prouti faciendum est in vitandos; et planum est. Multo magis in iudicio respondere tenentur. Cf. Schmalzgr. *tit. De Iud. n. 33 seq.* et Suarez, *De censuris, Disp. 16, Sect. 3.*

65. *Repelluntur vero tum ab agendo tum a respondendo Religiosi.* Sermo est de religiosis non collective sumptis seu de monasterio sed de singulis religiosis. — Iamvero religiosus sui iuris non est, quum *velle* et *nolle* amplius non habeat, atque omnia sua bona et iura patrimonialia in monasterium transtulerit: cf. *c. c. 28, Si Religiosus, - De elect. in 6* (I-6) et *8. In praesentia - De Prob. X* (II-19). — Quocirca, ius constitutum hac formula constringi et concipi potest: « *Pro religioso agere et respondere debet monasterium; Religiosus vero agere potest nomine, et de mandato tacito vel expresso monasterii, pro huius negotiis; vel suo nomine, pro suis nempe negotiis ex superioris licentia expressa vel tacita; nec non nomine suo, sine superioris licentia, si agatur de iuribus stricte personalibus nec alienatis, seu quae in monasterium transferri non poterant* ». Ex primo capite Religiosus,

1) agit *nomine monasterii* si eius causam agere debeat de mandato Praelati *expresso;* vel *tacito* quando Praelatus sit absens, ut commode eius licentia haberi nequeat et periculum sit in mora.

2) agit *nomine suo,* ex superioris licentia tacita vel expressa, si studiorum et negotiorum causa a monasterio absit et agere debeat vel ad repellendum spolium vel ad aliud ius vindicandum. Praelatus enim qui ei concessit abesse ad talia negotia saltem implicite ei concessit agendi facultatem pro casibus necessitatis: ex *cap. Ex litteris 29, De officio deleg. X* (I-29).

3) *agit nomine beneficii sui* si illud *de licentia Supe-*

rioris valide obtinuerit: nam ius *agendi et in iudicio respondendi* est ius inhaerens beneficii administrationi: ex *cap. Cum Deputati 16, De iudiciis X* (II-1). Idem dicatur de Religioso promoto ad Episcopatum. Cf. Schmalzgr. *tit. De iud. n. 37 seq.* — Concessa enim Religioso venia capessendi officium aliquod, implicite facultatem continet peragendi ea quae necessaria sunt ad officium rite explendum.

4) agit *nomine suo,* sine superioris licentia, de suis iuribus spiritualibus, adversus ipsum monasterium si eum velit iniuste expellere vel alimentis privare vel alio iure spoliare in professione suscepto: ex *cap. 22, De Rescriptis, X* (I-3). Item Religiosus pleno fruitur iure agendi de valore suae professionis: cf. *Concil. Trid. Sess. 25, c. 19, De Ref.;* Bened. XIV Const. *Si datam,* et Suarez, *De Virt. et status religion. Tract. 8, lib. II, cap. 11.* Nam Religiosus non solum ius habet defendendi vel impugnandi valorem suae professionis; sed etiam sarta et tecta servandi iura omnia per professionem sibi comparata et solemniter recognita.

5) item *nomine suo* etiam, absque superioris consensu, conveniendus est in actione criminali: ex *cap. Dilectus filius - De Simonia, X* (V-3) et Const. Pauli V *Romanus Pontifex.* Monasterium enim non potest conveniri ob crimen religiosi; ex *reg. 76 iuris in 6* (1).

66. Tandem nonnulli, uti distinximus, non *per se sed per alios agere et respondere debent.* Iure Romanorum pro infantibus, amentibus aliisque iure naturali impeditis iudicium suscipiunt tutores vel curatores. *Prodigi, pupilli, minores,* non per se sed respective per curatores vel per tutores agere debent (2).

(1) Obstat enim regula *76 iuris in 6: « Delictum personae non debet in detrimentum Ecclesiae redundare ».* Tamen notant Doctores in hoc propositum, monasterium teneri ad suppeditandas expensas religioso necessarias ad sui defensionem.

(2) In codicibus civilibus hodiernis solet decerni a iudice impetran-

Filius familias, ob defectum administrationis in bonis paternis, agere non potest; at valet, quoad bona castrensia et quasi castrensia. Potest vero in iudicio stare nomine alieno, nimirum qua tutor vel procurator, *sine consensu patris*. In aliis causis civilibus vel criminalibus agere et respondere non potest *sine consensu patris: ex lege - Cum non solum*, § *Sancimus, Cod. De bonis quae liberis etc.*; et *cap. fin. De iudic. in 6* (II-1) et *cap. Qui Generaliter - De Procuratoribus in 6* § *1* (I-19) (1).

67. Ius canonicum etiam pro suo foro excepit has iuris romani dispositiones. Verum Bonifacius VIII in *cit. cap. finali in 6, De Iudiciis*, mutationem induxit:

1) quoad *minores*, statuens: « *Si annum quartum decimum tuae peregisti aetatis in* BENEFICIALIBUS ET ALIIS CAUSIS SPIRITUALIBUS *nec non et* DEPENDENTIBUS AB EISDEM ac si maior 25 annis existeres, ad *agendum* et *defendendum per te* vel *per procuratorem* (quem ad hoc constituendum decreveris) admitti debebis ». — Sequitur ex claro textu iuris can., minores, qui nempe 14 aetatis annum excesserint sed 25 non attigerint in istis causis spiritualibus, procuratore non indigere. Ratio est, tales causas spirituales maxima cum libertate agi-

dum esse decretum quo interdicantur qui vitio mentis naturali laborant; adeo ut postea habeantur inhabiles ad agendum et respondendum in iudicio; quare ei constituitur ab ipso iudice curator: cf. *Regolamento giudiziario etc.* edito a Gregorio XVI, § *1584 seq.* ubi agitur *De interdictione ob vitium mentis*. Dein in subsequenti capitulo cavetur: *De interdictione ob motivum prodigalitatis*, § *1597 seq.* Nemo enim debet hisce iuribus interdici, nisi iudicialiter causa cognita.

(1) Sed hi qui personam non habent legitimam standi in iudicio *accedente authoritate* tutoris vel curatoris agere et respondere in iudicio possunt. Tunc enim consensus tutoris vel curatoris supplet defectum iuridicum, idemque consensus praesumitur accessisse, quia non adest vel fuit remotum periculum damni vel fraudis in eo, qui agit vel convenitur in iudicio. Ita in iure Can. ex *l. 2. C.* « *Qui legitimam personam* etc. » cf. Reiffenstuel *De iud.* n. 158.

tandas esse, ne exitus habeant infelices. — Favor dispositionis complectitur minores tum *clericos* cum *laicos* et in causis spiritualibus comprehendit etiam causas ab eisdem dependentes seu connexas veluti causas matrimoniales; causas iuris patronatus et similes, *arg. cap. 14, De Restitutione spoliatorum, X* (II-13): cf. Reiffenst. *tit. De iud. n. 163 seq.*

2) Bonif. VIII quoad *impuberes* in eodem *cap.* statuit: « *Si vero infra quartum decimum annum existas, per te agere aut defendere non poteris super ipsis (scilicet causis spiritualibus* vel *spiritualibus connexis*); *sed per tuum Episcopum vel per officialem eiusdem tibi curator dabitur ad lites huiusmodi exercendas* ». Hinc curator specialis ad has causas hoc modo constitutus, agere et defendere debet pro impubere, excludens alium curatorem ad bona temporalia datum nec non ipsum patrem. Sequitur Pontifex: « *aut tu ipse, si maior infante fueris* (idest maior septennio) *cum auctoritate alterius eorumdem procuratorem ad eos poteris deputare* ». His verbis Pontifex, in *maiorem libertatis favorem*, statuit ut impubes iam assecutus usum rationis, potius quam curatorem, possit impetrare ab Episcopo vel eius Vic. Generali facultatem sibi constituendi ad has causas procuratorem, nempe aliquem suo nomine et auctoritate directius agentem. In verbis subsequentibus Pontifex Delegato Sanctae Sedis eiusque subdelegato dat facultatem constituendi curatorem impuberi, aut eidem dandi auctoritatem ad procuratorem sibi eligendum pro iis causis coram eisdem Delegatis ventilandis. Cf. Schmalzgr. *tit. cit. n. 26 seq.*

3) Tandem quoad *filiosfamilias* haec habet, in fine, Pontifex: « *In huiusmodi quoque litibus sive causis quamquam in potestate patris existens nec alias absque ipsius assensu in iudicio regulariter esse possis, eius (cum de his se intromittere non debeat) nequaquam requiri debet assensus* ». Proinde, ex generali praecepto, filiusfamilias sive *pubes* sive *minor* sive *maior*, sub *patria* constitutus *potestate*, in his causis,

patris assensu nequaquam indiget ad agendum vel respondendum in iudicio.

68. In *cap. 1, De iud. in 6* (II-1) mulieribus plenum recognoscitur ius standi in iudicio; tamen cavetur, honestas mulieres, exceptis casibus nonnullis, invitas trahendas non esse ad personaliter comparendum; sed earum procuratorem admittendum esse. Verum excipiuntur causae criminales criminaliter actae, ex *cap. 1, De iud. in 6* (II-1). — At foeminae Religiosae sub clausura viventes per se agere et respondere nunquam valent; *arg. cap. 2, De iud. in 6* (II-1) (1).

Et hae praescriptiones iuris can. quae partim ius romanum immutant, partim idem adoptant in foro eccl., plenum adhuc habent vigorem; ex principiis explicatis in *prooemio* § *3.* — Quamvis enim amplius non vigeat ius romanum, tamen per has dispositiones ius can. determinat quinam personam habeant legiti-

(1) Bonifacius VIII in *cit. cap.* haec decernit: « Mulieres (quas vagare non convenit nec virorum coetibus immisceri) auctoritate literarum Sedis Apostolicae vel Legatorum ipsius aut alia quacumque ad iudicium personaliter evocari, vel trahi invitas, causa ferendi testimonium aut alia qualibet (quae in iure non exprimitur) prohibemus. Sed cum necessarium fuerit testimonium earumdem, iudex, (in expensis partis producentis easdem) tabellionem aut aliam personam idoneam ad eas transmittat: vel si forte talis casus occurrerit quo iure prohibente, receptio testium alteri committi non possit, iudex tunc propter hoc personaliter ad illas accedat; aut (si talis sit personae iudicantis conditio quod id per ipsum non deceat fieri vel non possit) mittat ad eas: proviso quod casus huiusmodi non fingatur nec fraus interveniat in hac parte. Alioquin fictor huiusmodi vel fraudator ipso facto sententiam excommunicationis incurrat. *(Haec excom. obsolevit).*

§ 1. Caeterum foeminae religiosae, praesertim quae debent sub clausura morari, extra suum monasterium seu clausuram non vocentur ad iudicium vel trahantur ex quavis causa personaliter, etiamsi ad hoc voluntas accederet earumdem. Decernimus quoque ut ipso iure sit irritum et inane quod contra praemissa contigerit attentari ». Quae praescriptio adhuc plene suo robore fruitur et est caute attendenda: cf. Schulte, *Process. mat.*, § *26 seq.* et Inst. Austriac. Card. Rauscher § *143.*

mam standi in iudicio ecclesiastico; et hinc hactenus, per easdem intendit ordinare processum iudicialem. Cf. Schmalzgr. *l. c. n. 27.*

69. Pupillis et minoribus aequiparantur, iure Canonico, Ecclesiae et aliae personae morales ecclesiasticae quae sub perpetua censentur esse tutela; quippe per se ipsas in iudicio stare non possunt; at per proprios *Praelatos Rectores* et *Administratores* agere et se defendere in iudicio debent. Ratio ob quam *Praelatis, Rectoribus* et *Administratoribus* competat agere et respondere pro his personis in iudicio, est *quia qui liberam administrationem habent alicuius rei, quoad illam agere et conveniri possunt.* Hoc principium firmatur, *leg. fin. ff. Quod cuiusque univer. nom.;* et *cap. 21, De Rescriptis, X* (I-3) et *can. 9, Causae 18, q. 2.* Ipsa naturali ratione hoc comprobatur; qui enim libere aliquam rem administrat, eamdem tum in iudicio tum extra iudicium tueri debet. Hinc in praxi quando inquiritur, et est quaestio maximi ponderis, quisnam legitimam habeat personam standi in iudicio, principium expositum semper prae oculis habendum est. Ex quo sequitur,

1) in beneficio, in Ecclesia parochiali non conventuali, et in quocumque simili ente iuridico non collegiali nec adnexo corpori morali, eius Rectorem seu ordinarium Administratorem ius habere agendi et respondendi, hac de re, etiam in iudicio; nisi a superiore, vel a tabulis fundationis legitime, aliqua ex parte, ei limitatum sit administrationis ius; *arg. cap. 21, De rescriptis.* — Sed advertimus hoc ius aliquando limitari a Superiore ipsius Administratoris, veluti ab Episcopo qui, in certo casu, parochum iubere potest ut ab agendo vel a respondendo abstineat; aut sibi potest in casu particulari reservare ius tractandi aliquod negotium iudiciale. — Item in fundando beneficio, vel ecclesia, caveri aliquando solet, ut administratio in Rectore certis subiaceat conditionibus aut limitationibus, praecipue quoad lites instaurandas. Cf. Schmalzgrueb. *tit. De iud.* § *40;* et *cap. 1, De rescript.* in Clem. (I-2).

2) In beneficio vero collegio alicui unito, in Ecclesiis conventualibus seu collegialibus, in monasteriis et aliis similibus collegiis, ad eum spectat in iudicio agere et respondere cui bonorum beneficii (1), capituli, monasterii, vel collegii competit administratio; seu ordinarie competit Praelato. — Nihilominus in hisce Collegiis aliqua fieri solet limitatio Praelati administrationi, et quosdam limites designat ipsum ius commune; quosdam determinat ius particulare ecclesiarum.

a) Ex iure communi *in Tit. X* (III-10) « *De his quae fiunt a Praelatis sine consensu Capituli* », negotia maioris momenti et nimis ardua Praelatus tractare non valet sine consensu capituli, unde in istis negotiis inconsulto capitulo nec agere nec in iudicio respondere debet;

b) ex iure particulari et ex *fundationibus* saepius nonnulla *iura* et *bona* sunt praelati et conventus sive collegii, *communi administrationi* reservata, quibus in negotiis nec solus Praelatus nec conventus solus agere vel conveniri potest. Cf. Reiffenstuel *tit. De iud., n. 171* (2). — Praeterea, consuetudine

(1) In quod propositum plurimi facienda est haec animadversio Schmalzgrueb. *tit. De iud. n. 40 ad 3*, aientis: « Decisio dubii quoad ecclesias parochiales etiam ipsa plurimum pendet a consuetudine recepta et concordatis locorum. In Germania passim constituti sunt speciales praepositi.... qui rerum ecclesiae temporalium curam extra iudicium et defensionem intra iudicium gerant, quod maxime obtinet in Bavaria per concordata inter principes Bavariae et ordinarios illius, inita 1583 ». Pro hodiernis legibus in Germania, cf. Aichner, *Compend. Iuris Eccles.* § *222 seq. edit. sept. Brixinae.* Pro Gallia cf. Bouix, *De parocho* pag. 607.

(2) Quando loquimur de Praelatis intelligimus Praelatos praecipuos; nempe Episcopum relate ad cathedralem Ecclesiam, eiusque Capitulum, nec non Abbates nullius vel quasi nullius Dioeceseos; item praecipuos ordinum religiosorum Rectores; nimirum Abbates et Generales praepositos. — Quare excludimus, inferiores conventuum regularium gubernatores. — Iure communi etiam Abbatissae super monasteriorum suorum iuribus et rebus, per constitutos procuratores agere et respondere in iu-

aut lege particulari induci potest, ut Praelatus solus non possit agere super his quae pertinent ad conventum seu capitulum: *arg. c. c. 31, De elect. X* (I-6) *et 31, De for. complet.* (II-2). Sed quid iuris si Praelatus sine consensu capituli, vel capitulum sine consensu Praelati agant? Respondent communiter Doctores taliter acta posse rata haberi a conventu vel a Praelato per subsequentem consensum, quia fictione iuris consensus retrotrahitur ut perinde sit ac si ab initio fuisset datus. Cf. Glossam, in *cap. Edoceri n. 7, V. Debeant.* Pirhing *tit. De iudiciis, n. 38.* Schmalzgrueber in *tit. n. 42.* Reiffenstuel *eumd. tit. n. 179 et alii.*

3) Demum aliquando iura et bona possunt esse exclusive conventus sive collegii administrationi attributa, unde absque Praelati, qua talis, interventu, in istis negotiis agit et convenitur monasterium sive capitulum; nisi tamen notat Reiffenst. *l. c. n. 181, causa foret ardua magnique praeiudicii.* Siquidem Praelatus, ex suo officio, huiusmodi discrimina praecavere debet.

70. Ob peculiarem vero naturam Sacramenti matrimonii, pro relativis causis, singularis constitui debuit regula de iis, qui matrimonium celebratum aut celebrandum per actionem iudicialem impugnare valeant, prout edicitur in *tit. X* (IV-18) « *Qui matrimonium accusare possunt et contra illud testificari* »; item in Const. *Dei miseratione* et passim in aliis Instructionibus a S. Sede datis aut approbatis, alia caventur quoad iudicii introductionem in hisce causis quae omnia suo loco explicabimus. — Nonnulla etiam specialia servanda sunt in processu introducendo in causa solemnis professionis religiosae circa eius valorem, iuxta regulas traditas, in *Concil. Trid. Sess. 25,*

dicio possunt, non secus ac Praelati quibus, actiones iudiciales quod spectat, aequiparantur; nisi contrarium cautum sit, in legibus fundationis. Ita communiter Doctores, uti probat Schmalzgrueber *tit. De iud. n. 40.*

cap. 19, De regularibus, et Const. Ben. XIV *Si datam*. Cf. Bouix, *De iure regularium, tom. II, p. 444*.

71. In *cap. 1, De iud. in 6* (II-1) statuitur, iudicem ordinarium non posse cogere partes ut personaliter in iudicio compareant, nisi in casibus a iure expressis, veluti in causa criminali; itemque iudicem a S. Sede delegatum hoc iubere non posse, nisi a S. Sede hoc sit ei specialiter concessum. Multo minus praeceptum personaliter comparendi facere possunt iudices delegati a iudicibus ordinariis. Quapropter partibus integrum est procuratores ad lites constituere; sed de hoc expresse agemus in titulo *De procuratoribus*.

CAPUT II.

DE OFFICIO IUDICIS (1).

Huc referatur Tit. 33, Lib. I.

Summarium. — 72. Iudex est qui *facto* applicat *ius.* — 73. Eius officium *nobile* et *mercenarium.* — 74. Utriusque notio traditur. — 75. Explicatur officium *mercenarium.* — 76. Explicatur officium *nobile.* — 77. Quomodo haec munera iure romano appellentur. — 78. Iudicis est, quocumque ex officio procedat, legem exequi, etiam modica adhibita coercitione. — 79. Hinc *acta iudicialia* publicam habent auctoritatem.

72. In controversia iudiciali duplex habetur elementum contentionis; nempe quaestio *facti*, et quaestio *iuris*. In iudicio enim antea oportet definire et demonstrare *factum*, quod est *contentionis argumentum* et *obiectum*, dein huic facto *ius proprium* applicandum est (2). *Factum* ab actore probante et a reo contradicente in aperto ponitur: *ius* vero a iudice applicari debet; qui a iure dicendo *iudex* dicitur: en eius officium. Quod officium duplex est; alterum *mercenarium; nobile* alterum.

(1) Haec est rubrica *tituli 32, lib. I, Decret. Gregorii IX.* — Collector Decretalium imitatus est Cod. Iustinianeum in quo post titulos *De officio iudicum* et *De officio iudicum militarium* occurrit titulus *De officio diversorum iudicum.* Etiam nos comprehendimus, sub inscripta rubrica, officium diversorum iudicum.

(2) Quamvis in foro et passim a pragmaticis nonnullae causae dicantur continere *quaestionem iuris*, aliae *quaestionem facti*, eo quia in nonnullis lex dubia est interpretanda, in aliis lex certa est facto dubio applicanda; tamen verum est in quacumque controversia haberi utramque quaestionem, quia in iudicio quaeritur ut *facto* applicetur *ius.* Hinc sive dubium sit *factum* sive *ius*, tamen quaecumque sententia duplici quaestioni respondere debet, nempe decernere, quodnam *ius* applicetur *facto.* Quaestiones enim *abstractae iuris* in iudiciis non agitantur.

73. Vocabula quidem minus elegantia sunt; sed eorum significatio respondet examussim duplici qualitati huius officii. - Re sane vera advertatur quod uti antea explicanda erat iudicis *iurisdictio* et in suis partibus consideranda, ita nunc de *officio* iudicis disserendum est. Nam *officium* differt a *iurisdictione*, uti potestas aliquid faciendi differt ab exercitio eiusdem potestatis, non secus ac facultas discriminatur ab actu seu ab usu eiusdem facultatis. Iamvero primum huic quaestioni satisfaciendum est: quomodo in casibus particularibus et concretis iudex exercebit suam iurisdictionem? Debet ipse occurrere partibus contendentibus ad eorum dirimendam controversiam, vel expectare ut litigantes expetant exercitium suae iurisdictionis? Praeterea, quaecumque ex sua iurisdictione praestare debet, interponet *requisitus* a partibus seu tantummodo partium praevia petitione; vel potius *motu suo?*

74. Huic quaestioni respondetur distinguendo officium iudicis *nobile* ab officio *mercenario*.

Etenim ex *officio mercenario* procedit iudex praevia instantia iudiciali, seu actione partium; ex *officio* vero *nobili* procedit motu suo, praevio iuris communis imperio, ob necessitatem iustitiae tuendae aut aequitatis statuendae, quamvis nulla praecesserit postulatio partis interesse habentis. Quapropter, uti vocabulum exprimit, quamquam inconcinne, *mercenarium* est officium quod rependitur ad obsequendum partium actioni quam respuere iudex non potest, quae tamen nisi instasset, iudex nihil statuisset. — Ex adverso *nobile* est officium iudicis seu ex munere suo impensum; utpote concessum, non quia et quatenus expostulatum fuit a partibus, sed quum hoc exigeret ius commune aut ipsa aequitas; adeo ut postulationes et partium preces si adfuerint, hae fuerunt occasio, seu causa *impulsiva*, non causa *motiva* et efficiens interpositionis officii iudicis.

75. Quibus praemissis facile intelligitur, quomodo officium *mercenarium* exerceatur in negotiis civilibus, quae iura conti-

nent privatorum hominum; *nobile* vero in illis causis, quae ad publicum bonum intersunt, vel ad aequitatem inter cives tuendam. Magistratuum enim est, *ex officio*, defendere bona communia, et *suo imperio* curare aequam iurium applicationem et executionem.

Quamobrem duplex iudicis officium respondet diversae negotiorum naturae. Ea enim negotia quae partium tantum intersunt, quaeque complectuntur interesse exclusive privatum, non provocant iudicis auctoritatem, nisi instantia praecesserit partium interesse habentium; quae si non petant iudicis officium, praesumuntur vel renunciare iuri suo, vel privata auctoritate iura sua componere malle. Hinc esset ridiculum quod iudex, non petitus, obviam iret contendentibus inter se, puta, de iure quodam haereditario: nonne partes, iudicem ultro dimittentes, possent, subridentes, illi in memoriam revocare, quod de suis iuribus est plane integrum cuicumque quavis ratione disponere? — Huiusmodi negotia sunt, quae pertinent ad causas civiles. Et pro hisce causis et negotiis intelligenda sunt ea iuris axiomata « *Iudex non impartitur suum officium nisi volenti* », necnon « *Fatuus est iudex qui ultra petita iudicat* ». Falsa enim evaderent haec principia, si de *nobili* officio invocarentur.

76. Dein dispiciamus de aliis negotiis quae iudicis exquirunt officium *nobile*. — Huius generis, cum primis, ea sunt quae ex praescripto iuris communis provocant iudicis auctoritatem, etsi partium nulla urgeat petitio. Tales sunt causae criminales criminaliter actae, in quibus de bono universae reipublicae agitur. — Quare huc quoque spectant omnes aliae ordinationes a iudice dandae in processu etiam civili, ut lex communis rite demandetur executioni in controversiis iudicialibus. Iudex enim, ex suo officio, est custos et vindex omnium praescriptionum, quae ordinantur ad legitimam litium agitationem et definitionem. — In titulo *De officio iudicis X* (I-32) in *c. c. 1 et 2* duo proponuntur exempla actuum iudicialium,

in quibus iudex ex *nobili* officio procedit. Primus est quum iudex ex officio parti pauperi et imperitae adsignat advocatum, ne ob defectum defensionis sui iuris capiat detrimentum, ex *cap. 1;* alter est si pupillo et minori constituit curatorem aut eidem laeso concedit *restitutionem in integrum*, ex *cap. 2:* tunc iudex exercet *nobile* officium, scilicet agit, motu suo (1), ad tutandam iustitiam et aequitatem. — Quod si praecesserit partis postulatio, haec non petit a iudice aliquod ius certum sibi recognosci adversus alterum, prouti facit actio civilis, provocans officium *mercenarium*, sed potius implorat iudicis auxilium et defensionem; utputa petens advocatum, defensorem in suscepta causa, quum nec se defendere nec defensorem idoneum nancisci valeat.

77. Haec distinctio officii *nobilis* et *mercenarii* in fontibus iuris canonici sane non invenitur; sed a commentatoribus introducta fuit ad significandas officii iudicis diversas partes. Multo minus in iure romano usurpata fuerunt haec vocabula (2). Sed non est difficile investigare et percipere, quonam alio nomine donarentur huiusmodi munera iudicialia. — Nam uti explicavimus, sub *iurisdictione* et *imperio* coadunabant romani universam potestatem gubernativam socialem. Proinde officium *mercenarium*, inserviens partium *actioni*, ad dirimendam controversiam, nec non ea pars officii *nobilis* directa ad inter-

(1) Passim commentatores, uti videre est apud Pirhing et Schmalzgrueber *in h. t.*; officium *nobile* dicunt, illud esse quod *per se stat; mercenarium*, e contra, advertunt, *inniti actioni partium*. Sed verius videtur, hoc inniti iuri partium privato et huic inservire; illud vero iuri et bono civium communi. Iuvat enim apprime inter se distinguere actionem civium *privatam*; et actionem *communem* quae promovetur potissimum vi legis. — In conceptu illorum interpretum nimis videtur extendi iudicis *arbitrium*, et nimium patere, quod est incivile.

(2) Hodie in foro ecclesiastico et civili, *officio mercenario* respondet locutio *procedere ad instantiam partis; officio nobili* procedere ex officio.

pretandum et applicandum ius in casu particulari, utputa in causis criminalibus, comprehenduntur sub nomine *iurisdictionis*; et revera sine potestate *iuris dicendi* exerceri non valent. Reliqua vero pars officii *nobilis*, ordinata ad urgendam legum praecipue poenalium executionem, ad exequenda praecepta iuris communis vel decreta iudicis, ex officio suo, aliquid decernentis ad servandam aequitatem inter partes, haec omnia comprehendebantur a Romani sub potestate *imperii* seu executionis. Cf. Schmalzgrueber *tit. De off. iud. n. 4* (1).

78. Iudex vero sive ex *nobili* sive ex *mercenario* officio procedat, eius est legem inter partes applicare, seu edicere quod conforme iuri constituto et aequitati est. Hinc quamvis ipsi *lex* videatur minus aequa, tamen hanc sequi debet, dummodo notorie non peccet contra ius divinum aut naturale, iuxta *l. Prospexit 12 ff. Qui et a quibus manumissis « Quod quidem per quam durum est, sed ita lex scripta est »*.

Quia iudicis est legem exequi, hinc iurisdictioni inest *mixtum imperium*, seu ius adhibendi modicam coercitionem in reluctantes, uti iam probavimus. Quae potestas coercitionis se porrigit etiam ad personas in iudicio partem habentes *accessoriam*, veluti procuratores et advocatos. Ius vero can. non determinat *taxative* poenas quas iudex decernere debet, sed eius prudenti arbitrio relinquuntur determinandae, ex *c. c. 11 De poenis X* (V, 37), et *1 eiusd. tit. in 6* (V, 9). Huiusmodi coercitio tamen semper erit modica, mitiores amplectens poenas; videlicet *reprehensionem* seu monitionem, *mulctam* pecuniariam, vel *suspensionem* ab officio. Ut ecce, advocatus qui

(1) Hic etiam praestat innuere, quomodo istae distinctiones iuris rom. apud canonistas servatae non sint, sed vocabulis *iurisdictionis* et *imperii* aliae accommodatae sint significationes. Ita Schmalz. l. c. n. 6 *merum imperium* distinguit *in sex gradus*, incipiendo a *maximo imperio* quod definitur *« iurisdictio quae nobili iudicio, officio, utilitatem publicam spectante, exercetur »*. Ibi iurisdictio assumitur sensu iuris can.

iudicem aut aliam partem verbis offendat in peroranda causa, potest, ex decreto iudicis, suspendi ab officio; cf. *l. 9 ff. De poen.*

79. Iudex quum publica polleat auctoritate in controversia iudicialiter agitanda et definienda, hinc publicam meretur fidem, adeo ut acta iudicialia censeantur exarata in legitima forma et veritati conformia, donec contrarium clare probetur; arg. *c. c. 11 De prob. X* (II, 19) et *13, 16 De sent. et re iud.* (II, 27).

§ 1. *De cautelis a iure can. adhibitis ut iudices sint immunes a partium studio.*

Summarium. — 80. Iudicia ecclesiastica *gratuita* esse debent. — 81. Hinc consultum fuit ut iudices a S. Sede delegati, aliunde congruam haberent mercedem. — 82. An hoc servandum sit quoad iudices ab ordinariis delegatos. — 83. Iudicibus etiam *munera* sunt interdicta. — 84. Quaeritur an iudices eccles. sint *inamovibiles.*

80. Verum, quamvis leges aequissimae sint, non raro aequam iudicis sententiam praepediunt practicae hallucinationes a studio partium provenientes. Proinde, maxima prudentia, Legislator canonicus prospicere debuit, ut iudex redderetur a personarum acceptione immunis, iuxta regulam iuris *12 in 6 « In iudicio non est acceptio personarum habenda ».*

Hoc perfecit statuendo *gratuitatem* iudiciorum.

Revera *cap. 10 De vita et honestate clericorum* (III, 1) interdicit *sportulas* iudici ordinario et delegato. Erant istae quaedam taxae moderatae, quas a partibus litigantibus exigebat iudex initio vel fine iudicii pro labore in lite examinanda vel definienda impenso. — Iure romano civili permissae erant; ex *Nov. 82, c. 9.* — Ius canonicum prohibuit, quominus pro reddito iudicio, stipendium iudici a partibus tribueretur. Iudicum vero congruae sustentationi prospexit per reditus beneficiales, quos semper ob-

tinet iudex ordinarius in Ecclesia; cf. *cap. 1 De sent. et re iud. in 6* (II, 14).

81. Item consultum fuit ut iudex delegatus aliquod haberet beneficium vel alios reditus, unde sustentationem repeteret necessariam (1). Nam in *cap. cit. 11 De rescriptis in 6* (I, 2) Bonifacius VIII designat quinam possint esse iudices delegati, ad executionem rescriptorum iustitiae a S. Sede expeditorum. Isti sunt clerici, dignitate praediti, aut personatum obtinentes, seu canonici ecclesiae cathedralis. — Dein Clemens V *(cap. 2 De rescript.* (I, 2) *in Clem.)* aliam addidit praescriptionem, decernens, *principalem Episcopi Officialem seu Vicarium Generalem a Sede Apostolica vel eius Legato dari posse uti iudicem delegatum.* Et hodie Sedes Apostolica huic iudici vel executori delegato demandare sua rescripta exequenda maxime in more habet. — Iamvero hi Clerici vel propter beneficium ecclesiasticum, vel propter congruam sustentationem aliunde habitam, nulla indigent mercede in explendo munere iudicis delegati. Praeterea talem obtinentes gradum in hierarchia, praesumi debent iuris etiam periti, quum caeteroquin *nulli sacerdotum licitum sit ignorare ius* (*Can. 4, Dist. 38*).

(1) Ante Bonifacium VIII non erat cautum quod iudices a S. Sede delegati in partibus seu in dioecesibus, certis satisfacerent conditionibus a iure expressis, sed delegatio in unum vel alium clericum cadebat, arbitrio delegantis. Ast, ex intentione iuris communis, clericis quibuscumque reditus deficere non poterant necessarii ad congruam sustentationem; quare Innocentius III *in cit. cap.* praescribens iudiciorum gratuitatem advertit: « *Nos attendentes quod ad hoc vobis et aliis clericis sint ecclesiastici reditus deputati, ut ex ipsis honeste vivere debeatis* etc. ». Bonifacius VIII praescripsit ut inter clericos illi seligerentur, qui certe congruam haberent sustentationem, et potiorem gradum dignitatis obtinerent in hierarchia dioecesana.

Sportulae ita dictae sunt, quia antiquitus mercedes non in pecunia sed in cibis aliisque rebus usu consumendis, publicis officialibus inferri solebant.

Verum quia experientia docuit huiusmodi praesumptionem aliquando veritati non congruere, Concilium Trident. *cap. 10, Sess. 25 De Ref.* statuit, ut seposita praesumptione veritas attenderetur, disponens: « *in singulis Conciliis Provincialibus aut Dioecesanis aliquot personas, quae qualitates habeant iuxta Const. Bonifacii VIII quae incipit - Statutum - et alioquin ad id aptas, designari, ut praeter ordinarios locorum iis etiam posthac causae ecclesiasticae ac spirituales et ad forum Ecclesiasticum pertinentes in partibus delegandae committantur* (1) ». Iudices taliter electi vocati fuerunt Synodales, qui delegata pollent auctoritate pro singulis causis a Sancta Sede commissis; ut advertit Bened. XIV *in Lib. IV, cap. 5, n. 7 De Syn. Dioec.* cf. eiusd. Pont. Const. « *Quamvis parternae* » *26 Aug. 1741.*

82. Haec statuta directe spectant ad iudices a Sancta Sede delegandos. Quare ius constitutum per *caput 11 cit.*, aliasque constitutiones, non tenet iudices ab Episcopis delegatos; qui proinde seligi non debent inter iudices Synodales. — Attamen constitutio Innocentii III praescribentis iudiciorum gratuitatem, omnes iudices indiscriminatim tangit; item constitutio Inn. IV *in cap. 1 cit. De sent. et re iud. in 6.* — cf. *Thesaurus De Poenis eccl. V. Munera cap. 4 et 6.* Ius can. vero ut rite intelligatur, adverti debet, per canones prohiberi quod iure romano iudicibus permittebatur, nimirum *certam partem rei controversae aut eius aestimationem, exigi in stipendium redditi iudicii.* — Pellegrini *in Opere Praxis Vicariorum* in *pract. crim. part. IV, sect. 16, n. 11 seq.* distinguit, *stipendium, expensas* et *munera.* — *Stipendium* certe exigi non potest a iudice ordinario vel delegato, qui beneficium habeant, quia beneficium datur propter officium. — Iudex delegatus vero qui nullum

(1) Authenticae declarationes S. Cong. Concil., in hoc propositum, videri possunt collectae in notis ad Concil. Trid. *editum a Richter, p. 457.*

habeat beneficium, a delegante exigere poterit sui operis mercedem, quippe nemo suis stipendiis militat; quam mercedem delegatus vel obtinebit ab ipso delegante; vel recipiet ex taxis certis et determinatis solvendis apud tribunal a litigantibus. — Inquam *ex taxis certis et determinatis*, quia iure can. non prohibentur certae taxae a partibus solvendae pro actibus iudicialibus, sed iudicibus tum ordinariis tum delegatis, sive beneficium habeant sive eodem careant, prohibetur aliquid sibi exigere a contendentibus in stipendium actuum iudicialium. Iudex vero delegatus qui beneficium non habeat, aliique tribunalis officiales, ex taxis ordinariis, impositis generatim in certa mensura quoad acta iudicialia, aliquam suae operis mercedem assumere possunt ad sibi comparandam congruam sustentationem. Exinde patet quomodo iudex beneficio instructus ius non habeat participandi huiusmodi reditus ex taxis provenientes; at contraria consuetudo non erit absolute reprobanda ut corruptela iuris: cf. Pellegrini *l. c.* — Ad hoc reducuntur *propinae* quae apud tribunalia eccl. solent percipi ex taxis, ordinatis praecipue in mercedem officialium tribunalis; quarum aliqua pars aliquando et alicubi etiam iudicibus cedit. Cf. Ferrari, *Summa Inst.* § *739 in not. 7.*

83. Quoad *expensas* vero et *munera*, haec teneantur. Bonifacius VIII, de iudicibus a S. Sede delegatis, haec decernit in *cit. cap. 11 De Rescriptis in 6,* § *4:* « Insuper et gratis et cum omni puritate iudicium coram ipso procedat, nullum munus vel quidquam aliud, nisi forsan osculentum vel poculentum mera liberalitate oblatum, quod paucis consumi possit diebus, vel nisi cum ipsum propter causam sibi commissam contigerit extra suum domicilium proficisci, moderatas expensas, recipere ab eisdem partibus qualitercumque praesumat »; idest, iudex delegatus a partibus non potest exigere nisi ut reddatur indemnis de extraordinariis *expensis*, quas subire debuit in ordinando processu; utputa ob *accessum* iudicis in certum locum ad rem

litigiosam explorandam. Item *expensas* quod spectat, in paragrafo subsequenti Pontifex Bonifacius VIII statuit, quodsi iudex Assessore seu adiutore alioque officiali indigeat: « *ei de competenti salario, provide moderando ab eo, faciat a partibus communiter provideri* », ita ut iudex delegatus nullimode hanc mercedem participet. — Ast aequum non esset quod iudex delegatus ferret expensas iudicio instaurando necessarias.

Munera vero absolute prohibentur, et tantum indulgetur partibus ut, pro sua liberalitate, iudici victum subministrent, aliaque proferant munuscula hospitibus dari solita, et dicuntur *xenia*. — Et haec omnia observanda sunt etiam a iudicibus delegatis ab ordinariis locorum.

Iudices ordinarii autem qui ex officio suo iustitiam gratis administrare debent, quam maxime a muneribus abhorrere debent. — Praeterea iudices ordinarii illas *expensas* a partibus repetere non possunt, omnino connexas cum suo munere. Ut ecce, si ad facti controversi notitiam hauriendam, intra suam dioecesim, aliquo se conferat, non potest exigere ut indemnis fiat de itineris expensis; quum ad haec munera explenda habeat sibi comparatos reditus beneficiales. Item si ipse, iuris parum peritus, Auditore vel Assessore indigeat, non potest expensas huius officialis in litigantes refundere. Cf. Pellegrini *l. c.* qui pondere etiam auctoritatum haec confirmat. — At haec conclusio extendi non potest ad alios tribunalis officiales, qui magis partibus quam iudici inserviunt, nempe actuarii qui acta iudicialia in scriptis exarant, aliique id genus ministri tribunalis.

84. Per iudicia *gratuita* obtinetur quod iudex sit immunis a personarum acceptione, quem iudicis favorem unus vel alter litigantium sibi pretio comparare posset. Ast iudex praemuniendus quoque est a quacumque coactione, quae Superioris auctoritate sibi fieri vel imminere possit; videlicet, debet iudex libere pronunciare sententiam, iuxta suam conscientiam, etsi illegitime ista superiori displiceat. — Adversus huiusmodi coactiones vero

habet inferior validius munimentum in suo officio congruis reditibus ad vitae sustentationem instructo, si ab hoc pro libito a superiore dimoveri non possit, sed tantummodo occurrentibus causis a iure communi expressis.

Haec regiminis cautela, pro recta iustitiae administratione, haud ignota est iuri canonico; quippe potiora officia, ex iure communi, evecta sunt ad rationem beneficii; beneficia autem perpetuitate gaudent etiam *subiectiva* quoad titularem, qui nempe a suo gradu invitus dimoveri non potest, nisi eae graviores urgeant causae ab ipso iure expressae. Hoc sensu iudices ordinarii aliique iudices delegati beneficium habentes, ex iure canonico sunt *inamovibiles*. Et libenter hoc vocabulo utor, quia in hodiernis politicis constitutionibus sedulo prospicitur iudicum *inamovibilitati*, et altius praedicatur, per hoc praesidium, iustitiam nactam fuisse in populis suum liberum ministerium.

Verum mihi animus non est comparandi institutum canonicum perpetuitatis beneficiorum cum hodierno instituto iudicum inamovibilitatis, quasi unum et alterum adamussim conveniant; quum ex adverso non uno nomine discrepent, praecipue ex intentione Legislatoris: sed advertendum erat, quomodo reapse iudices ordinarii et iudices delegati a S. Sede, iuxta praescriptiones Bonifacii VIII et Concilii Tridentini, ex suis beneficiis habeant congruam sustentationem, unde gratis iudicia reddere valent; nec non habent praesidium suae libertatis, adversus potentiores personas, in sui beneficii firma possessione a qua, de superioris arbitrio, dimoveri non possunt (1).

(1) Bouix in suo tractatu *De episcopo, tom. I, p. 374,* late disserit de ecclesiastica disciplina quoad Episcoporum translationes; et docet, usque in Ecclesia Episcopos habitos fuisse ita inamovibiles, ut a solo Romano Pontifice eorum translatio decerni potuerit, legitima occurrente causa. — Debita servata proportione aliis etiam administris ecclesiasticae iurisdictionis ex indole iuris can. visum est opportunum ut accederet *inamovibilitas*, praecipue praepositis curae animarum; et hinc inter Episcopum

Verum ex hodierna Ecclesiae disciplina haec regula videtur deficere non tantum in iudicibus ab Episcopo delegatis, qui possunt eligi non servatis Bonif. VIII praescriptionibus; sed maxime in Vicario Episcopi Generali, cuius officium beneficio non est adnexum.

Sed in propositum haec advertenda sunt. — Rarus est casus causae iudicialis ab Episcopo demandatae iudici delegato, praesertim si causa est alicuius gravitatis; hinc mirum non est quod ius commune non ediderit peculiares praescriptiones, prouti factum est in iudices a S. Sede delegatos (1). Nam antiquitus in Dioecesi erat Archidiaconus, iudex ordinarius Episcopo inferior, qui hunc adiuvabat in iustitiae administratione. Archidiaconis successerant Vicarii Generales, quarum auctoritas beneficio non est adnexa, sed est eadem Episcopi iurisdictio unum idemque auditorium Episcopale constituens, adeo ut Episcopus neque corrigere neque mutare possit sui Vicarii sententiam. Hinc Episcopus tueri debet liberum exercitium iurisdictionis iudicialis in suo Vicario, quum utrorumque eadem sit iurisdictio, idemque tribunal. Episcopo autem integrum est quamlibet causam sibi reservare diiudicandam; at sententiam a Vicario Gen. pronunciatam corrigere, mutare non licet, quamtumvis ei displiceat. — Verum Vicarius Gen. potest a suo officio dimoveri; quamobrem Episcopus valet animadvertere in suum Vicarium ob editam sententiam sibi non acceptam et dein facilem praetexere causam legitimae remotionis.

et suam Ecclesiam, itemque inter parochum et Ecclesiam dictum est intercedere *spirituale coniugium*. — Erectis vero beneficiis, officia devincta fuerunt suis titularibus vinculo ferme indissolubili.

(1) Hodie in Curiis Dioecesanis mos viget, plane laudandus, causas graviores demandandi definiendas pluribus iudicibus in collegium, singula vice, delegatis; uti videre est in causis matrimonialibus apud Curias Dioecesanas definitis, quae appellantur ad S. C. Concil. - cf. Ferrari *op. cit. l. cit. not. 6.*

Unde ex iure can. non statuitur absolutum principium inamovibilitatis iudicum, quod praecipue fallit in Vic. Generali. Quot vero bona demanent quotque potiora evitata sint mala, ex huiusmodi constitutione Vicarii Gen., docebimus agentes de Curiis Dioecesanis. — Quocirca ius can. mediam iniit viam; indeque iuris can. perfectio elucet, tot ab hinc saeculis iam assecuti, pro sua indole, quot tanto laudum strepitu et post rerum publicarum eversiones, civiliores populi in politicas constitutiones hodierno tempore induxerunt (1).

§ 2. *De ratione qua iudex dubium ius interpretatur et facti controversi notitiam desumit.*

Summarium. — 85. Quomodo a iudice resolvenda sint *dubia iuris.* — 86. Praeter principia *reflexa*, via *directa* ad solutionem dubii est S. Pontificis *consultatio.* — 87. Quomodo resolvatur *dubium facti.* — 88. Iudex iudicare debet *ex actis et probatis,* posthabita facti notitia aliunde habita. — 89. Etsi iudex, ex officio suo, aliquando curare debet ut probationes afferantur, tamen semper iudicare habet *iuxta acta et probata* in iudicio. — 90. Iudex exigere potest a partibus ut melius declarent *acta et probata.*

85. Sed quid iuris quoad iudicis officium *ius applicandi,* si ius ipsum sit dubium? Cum primis debet distingui *dubium iuris* a *dubio facti.* In *dubio iuris* iudex haeret anceps an *facto* certus *legis* articulus correspondeat. In *dubio facti* dubitat iudex an factum controversum sufficienter probatum sit. — Antea agendum de *dubio iuris.* Quaestio difficilis est, quia iisdem fere implicatur difficultatibus et diversis Doctorum placitis, quibus tota miscetur inquisitio de systhemate *probabilismi* vel *tutiorismi* apud moralistas. Proinde enunciabimus quod nobis magis certum et firmum videtur.

(1) De inamovibilitate iudicum in hodiernis politicis constitutionibus late disserit Mattirolo *op. cit. Noz. prelim. Tit. IV cap. 3.*

Ut certa ab incertis secernamus, advertatur aliquando iudicem in edenda sententia dubitare, an certo casui certa lex applicanda sit; non quia lex sit *abstracte* dubia, sed quia nescitur an lex comprehendat illum casum; quare dubium iuris est *concretum*, seu relativum ad unum casum particularem. Singula enim facta vestiuntur diversis adiunctis, quae iudici dubitationem iniiciunt, an ille casus cadat in certam legem. — Iamvero stante hoc dubio, et est frequentius in re iudiciali, iudex debet iudicare *ex intima sui animi sententia*, uti loquitur *lex 3 ff. De test.;* et in hoc concordant omnes Doctores. Iudex enim est publicus iuris interpres et haec iudicialis interpretatio efformat *Iurisprudentiam* (1).

At lex aliquando est reapse dubia, *abstracte* dubia, quia utputa non constat an abrogata fuerit, an consuetudine contraria evanuerit, an aliquid prohibeat vel permittat. Doctores hinc inde dimicant, et quisque probabilibus aut probabilioribus rationibus suam tuetur sententiam; et conatur in suum sensum pertrahere Iurisprudentiam, quae et ipsa constans non est. — In hisce dubietatum ambagibus iudex in dicenda sententia cuinam principio inniti debet? Et tunc gravior dubitatio, quia Moralistarum diversa systemata iudicis conscientiae diversa suggerunt principia. — Ius positivum quaestionem noluit dirimere

(1) Iurisprudentia ab Ulpiano in *l. 10, § 2 ff. De iust. et iur.* ita definitur: « *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia* ». Uti patet, hic iurisprudentia definitur *subiective* quatenus exprimit qualitates in iudice necessarias ad rectam iuris interpretationem. — Reapse iudex tam diversas habet quaestiones diiudicandas, ut ei de rebus humanis et divinis seu spiritualibus sententia ferenda sit. Ipsam legem vero interpretari debet ea ratione, ut *summum ius non fiat summa iniuria:* ad hoc inservit *iusti atque iniusti scientia.* — Verum vulgo iurisprudentia *obiective* intelligi solet, quatenus exprimit interpretationem a iudicibus datam de certo legis articulo in casibus similibus. — In iudicando est probe attendenda iurisprudentia, quippe quae clarius declarat legis intentionem eiusque prudentem executionem.

et tantum cavit, ut evitarentur sententiae certe abnormes. Hinc Inn. XI hanc damnavit propositionem: « *Probabiliter existimo iudicem posse iudicare iuxta opinionem etiam minus probabilem* ». Cuius propositionis sententia damnata fuit quippe certe nimis lata, amplectens quemcumque gradum etsi minimum probabilitatis; sed maxime damnanda fuit, uti bene advertit D'Annibale *(II, n. 590 in not. 32), eo quod est falsa quoad actorem.* Etenim iudicialem ordinem quod spectat, *ex reg. 11 Iuris in 6: « Cum sunt partium iura obscura, reo favendum est potius quam actori »* ; et *ex reg. 65 eiusd. tit. in 6*: « *In pari delicto vel causa potior est conditio possidentis* ». Namque iam innuimus quod reus in iudicio partes possessoris agit, atque uti habet Alexander III in *cap. 6 De praescript.* (II, 26), « .... *de iure divino et humano melior est conditio possidentis* ».

Iam patet quod nos inter probabilistas et tutioristas, arbitramur mediam viam tenendam esse per regulam quam vocant *de possessione*, cuius acerrimus vindex in re morali fuit Divus Alphonsus (cf. S. Alphons. *Th. M. lib. I, 33 sq.*), quam regulam in re iudiciali facilius admittunt ipsi tutioristae (cf. D'Annibale *I, n. 268*), quamque nos ex allatis principiis certe sequendam esse censemus *in re iudiciali* et exinde etiam *in re morali.* Nam lex dubia non obligat, quippe non est lex; et ex adverso iuxta *legem 2 Uti possidetis:* « ... *qualiscumque possessor hoc ipso quod possidet, plus iuris habet quam ille qui non possidet* ». Et in moralibus possidet *libertas;* in iudicialibus possidet is *qui convenitur* in iudicium ob petitionem actoris. Quae principia firma habenda esse opinamur, sive contrariae opiniones sint aeque probabiles, aut una altera probabilior (1). — Unde ex

(1) Haec tam clara sunt ut tutioristae et probabilistae hanc regulam non respuant, imo in suam partem pertrahere, pro viribus, conentur; sed in eius applicatione in moralibus non conveniunt, inducentes *legis* non *certam* possessionem, sed tantum *probabilem* aut *probabiliorem* seu *tutiorem.* — Sane huius regulae applicatio facilior est in re iudiciali, prouti omnes fatentur.

sententia nostra, iudex, in dubio iuris, pro possessore sententiam ferre debet. — Haec diserte probat Bolgeni, *Del possesso*.

Ius positivum iudici, hac in re, expresse nil praecepit. — At relate ad *dubium iuris* sive *facti*, iussit nonnullas causas esse favorabiles, nempe causas matrimonii, dotis, libertatis, viduae, pupilli, aliasque causas pias, adeo ut in dubio iudex semper in favorem harum causarum sententiam ferre debeat. In *cap. 26 De sent. et re iud.* (II, 27) haec specialis regula ita decernitur ut non difficile subaudiatur principium generale a nobis constitutum; disponitur enim: « ... *tenet pro reo non pro actore sententia, nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote seu testamento* ». Quae causae proinde ex voluntate iuris positiva constitutae sunt in legitima *possessione;* nimirum praesumitur matrimonium, testamentum esse validum, hominem esse liberum, dispositiones ad causas pias firmas et ratas esse, donec contrarium aperte doceatur; cf. Lemkul *I, n. 808.*

Sed aliquando, et est exceptionalis casus, neuter litigantium *in possessione* est; veluti quum quaeritur cuinam beneficii possessio adiudicanda sit, vel cuinam res inventa et apud tertium deposita, tribuenda sit; vel si neuter litigantium sit in *pacifica* possessione. Tunc iudex ex intima sui animi persuasione, debet sententiam proferre omnibus perpensis iuris et facti adminiculis, amplectens eam interpretationem quam in casu concreto putat magis aequam, et accommodam. Nam quum ius positivum non est expressum, sequenda est naturalis aequitas (1).

(1) Baldus in *l. Omnes populi n. 19 ff. De iust. et iur.* definit *aequitatem*, adeo ut sit: « quaedam factorum convenientia et rectitudo iudicii, naturalem sequens rationem », cf. Barbosa, *Axiomat. 15, n. 5.* Et hinc in *l. Placuit Cod. De iud.* haec fertur regula: « *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque scriptae quam stricti iuris rationem* »; et in *cap. 13 De off. iud. del.* X (I, 29) decernitur, iudicem « ... *in causa iuxta iuris aequitatem procedere* ». Si vero deficiat aequitas scripta vel ius positivum nihil habeat expressum, quia lex, utputa est dubia, tunc

Demum rem concludimus hac animadversione, quam maxime practicam censemus. Videlicet iudex eccl. in diiudicandis particularibus casibus, si bene perpendat et aestimet omnia facti adiuncta, facilius interpretabitur sensum legis vel obscurae: siquidem quum factum probe perspectum est ex una parte, et ex altera legis intentio, non *litera*, intimius consideratur; iam sponte sua fluit conclusio, nempe sententia decernens an lex comprehendat illum casum particularem.

Hactenus locuti sumus de dubio iuris in *causis civilibus*. Nam omnes conveniunt, in criminalibus semper pro reo respondendum esse, etsi lex si admodum dubia; quia nemo praesumitur malus seu criminosus nisi probetur (1).

86. Haec est via indirecta iudici comparata ad solutionem dubii iuris per aliquod reflexum principium. Via directa proponitur in *Tit. 28 De appellationibus et relationibus*, *Lib. II, X;* relatio autem, iuxta intentionem tituli, est iudicis inferioris de iuris interpretatione dubitantis consultatio, ad superiorem transmissa, ut sciat quid in iudicando sequi debeat. Apud Romanos antiquiore aetate in usu admodum fuit haec consultatio; at Iustinianus *in Nov. 125* decrevit ut iudices, omissis relationibus,

locus erit *aequitati non scriptae,* statuendae iuxta naturalem prudentiam. Hoc sensu, in *cap. ult. De trans. X* (I, 36), Pontifex iudici consulit ut partes inducere ad concordiam conetur, quando iura controversa sunt dubia et obscura, concludens: « In his vero super quibus ius non invenitur *expressum* procedas (aequitate servata) semper in humaniorem partem declinando, secundum quod personas et causas, loca et tempora videris postulare ». Exinde moralistae et nonnulli canonistae, ut refertur in *Tractatu* Gury-Ballerini *II, 1,* opinantur quod, dubio instante, ob argumenta partium hinc inde aequalia, res, si fieri potest, inter partes dividenda sit. — Ast verius est, iustitiae conformius esse vel partes ad concordiam inducere, vel pro possessore respondere.

(1) At displicet sententia cl. Santi *tit. 32, lib. I, n. 10* et cl. De Angelis *eod. tit. n. 5* et Bouix, *De iud. I, p. 138,* qui autumant huiusmodi favore frui reum tantum in causis criminalibus.

causam, perfecte examinatam iuxta legis dispositiones et iuris generaliora principia, definiant, atque sententiam exequantur, nisi partes appellent. — Item iure canonico olim relationes huiusmodi admodum fuerunt frequentatae, et Pontificibus occasionem praebuerunt dandi saluberrimas iuris dispositiones, quibus refertum est Corpus iuris can. — Progressu vero temporis, quia per relationes in longum nimis protrahebantur lites et in Codice leges extabant iam sufficienter expressae et declaratae, etiam iure can. tales relationes in desuetudinem abierunt. Nihilo secius nunquam hae consultationes explicite reprobatae sunt; imo constitutis heic Romae SS. Congregationibus, nimirum inter alias, S. Cong. super consultationibus Episcoporum et Regularium et S. Cong. Cardinalium Concilii Trid. Interpretum, facilis patuit iudici aditus ad iuris quaestionum hauriendas authenticas solutiones: at nemo non videt quod parce hoc medio extraordinario (1) utendum est. — Caput 68 *cit. tit.* cavet: « *iuxta legitimas sanctiones quoties relaturum se iudex quilibet pollicetur, illico litigatoribus apud acta consultationis exemplar edere teneatur* ». Hoc respicit iudicem qui procedat *ex officio mercenario;* quippe tunc partes *factum* proponunt, argumentum litis, idemque probare debent.

87. Hactenus locuti sumus *de dubio iuris.* In *dubio vero facti* quando nempe iudici non constat an factum controversum sufficienter probatum sit, tunc communiter omnes Canonistae respondent, stante hoc dubio pro reo respondendum esse; cf. Reiffenstuel *tit. De off. iud. n. 32 seq.;* siquidem *actore non probante reus absolvendus est.* — Textus iuris expressus alter habetur in *cap. 3 De Prob. X (II-19)* ubi decernitur: « *Quod si amborum partium testes sint aeque idonei, possessoris testes*

(1) De ratione qua parce et utiliter, iuxta stylum SS. Cong., nunc utendum sit medio consultationis ad diluenda iuris dubia, exorta etiam in iudiciis exercendis, actum fuit *in caus. Limburgen. apud S. C. C. die 19 Ian. 1889.* Cf. *Monitore Eccl. 31 Ian. 1896 p. 256.*

praeferuntur, cum promptiora sint iura ad solvendum quam ad condemnandum ». Alter iuris textus habetur expressus *in Reg. iuris 11 in 6:* « *Cum sunt partium iura obscura, reo favendum est potius quam actori* ». Et haec Regula iuris, non minus quam Reg. 65 iam cit., quadrat in dubia *facti* aeque ac in dubia *iuris*.

88. Reapse iudicis officium est *ius* applicare alicui *facto concreto;* hinc debet iudex exquirere et rimari diligenter probationes a partibus allatas, quibus eruitur *an et quomodo* factum extiterit. Dixi *a partibus allatas;* non enim iudicis est, quum procedit ex mercenario officio, probationes afferre, sed probationes allatas sedulo examinare. — At iudex sive ex *suo officio* procedat sive ad instantiam partium, ex *officio* nempe *mercenario*, firmum et solemne est ut iudicet ex *actis et probatis*. — Ad intelligentiam huius principii « *ex actis et probatis iudicandum esse* », duas praestat proponere quaestiones:

1) quid iuris, si iudex aliquam facti circumstantiam probe cognoscat, ipsum factum mirifice illustrantem, a parte cuius interest, praetermissam?

2) quid iuris si sciat aliunde falsa esse, quae in iudicio *acta* et *rite probata* sunt: debet privatae cognitioni iudicialem cognitionem praeferre?

89. Quaestionum solutioni praemittatur, duo haec principia rite distinguenda esse; nempe - iudicem *ad partium instantiam procedentem* debere attendere probationes tantum a partibus allatas; - iudici vero semper, quocumque ex officio procedenti, iudicandum esse ex *actis* et *probatis*. — Etenim alterum principium quod spectat, hoc scitu necessarium est, nimirum quotiescumque iudex causam instauret aut prosequatur ex officio suo *nobili*, ipse curare debet, ut ea omnia allegentur instrumenta et probationum argumenta producantur, suapte natura, idonea ad factum controversum aperte comprobandum. — E contra quum proceditur *ad instantiam partium*, harum interest

factum litigiosum congrue significare et probare. — Alterum autem principium « *iudicem quocumque de officio procedat debere iudicare ex actis et probatis* » ex eo derivat, quod iudex non uti persona privata, sed uti persona publica *iudicat*, attingens factorum notitiam tantum a mediis, a lege in iudiciali processu iudici comparatis; unde tritum adagium « *quod non est in actis, non est in mundo* ». Proinde primae quaestioni ita repondendum est. Si factum vel facti adiuncta nullimode *ex actis et probatis* doceantur, haec iudex prae oculis habere non potest in sententiae prolatione, dummodo notoria non sint. Quae enim notoria sunt, probatione non indigent neque allegatione, cum etiam iudici praesumantur nota; unde axioma « *in notoriis nulla probatio* ». Secundae quaestionis resolutio fluit ex dictis, idest, iudicem procedere debere *ex actis* et *probatis* contra privatam scientiam; et conclusio *in re civili* communis est; cf. S. Thom. *2. 2. q. 67, art. 2;* Schmalzgr. *De officio iudicis n. 26 seq.* et Pirhing. *eod. tit. n. 8 seq.*

Inquam *in re civili*, quia *in re criminali* non parva inter Doctores opinionum lucta, quoad causas, in quibus agitur de poena mortis vel alia aequipollente. — Quum poenae id genus variae in curiis eccl. non sint decernendae, hinc quaestio rem nostram fere non attingit; verum de ea aliquid suo loco dicemus.

90. Quamvis iudex *ex actis et probatis* deliberare debeat, etiam contra privatam scientiam, nihilominus semper in factum diligentissime advertet et inquiret, atque intimius cuncta debet rimari, iubens ut quae dubia vel obscura sunt *in allegatis*, congrue a partibus enucleentur: cf. *cap. 10 De Fid. inst. X* (II-22), ubi iudex iubetur cuncta rimari. Item vide Fagnanum *in cap. Ne innitaris n. 108 De const. X* (I-2) et cf. *c. c. 6 De off. iud. ord. X* (I-31) et *2 De verb. signif.* (V-11) *in Clem.* Hac de causa iudicis officio tribuitur advocatum adsignare parti, ne indefensus quis condamnetur: ex *cap. 2 De off. iud. X* (I-32). — Quare in ipsis civilibus causis, si plura

extraiudicialiter cognoscat iudex quae hactenus a partibus neque *acta* neque *probata* sunt, ulteriorem et accuratiorem instituet ipse in factum inquisitionem, insistendo in partium, testium interrogationibus et probationum examine, eo consilio ut *acta* et *probata* sint in iudicio quae sibi ex privata notitia constant. — In causis vero criminalibus aut aliis, ex ratione procedendi, criminalibus aequiparatis, quarum nempe magis reipublicae quam privatorum intersit, quales sunt causae matrimoniales, debet iudex *ex suo officio*, probationes exquirere et comparare, ut evadat iudicialiter notum et exploratum quod sibi extraiudicialiter innotescit; quae tamen omnia processui et hinc notitiae magistratus aliena sunt, donec sint in iudicio *acta* et *probata*.

§ 3. *De officio iudicis delegati.*

Summarium. — 91. Officium iudicis delegati desumitur a natura eius potestatis, quippe officium est *congruum exercitium legitimae potestatis.* — 92. Explicatur clausula qua iubetur, iudicem delegatum procedere « *omni exceptione remota* ». — 93. Item clausula explicatur: « *omni appellatione remota* ». — 94. Iudex delegatus vel est persona *physica* vel *moralis.* — 95. Plures iudices delegari possunt vel *in solidum* vel *collegialiter*. Diversae regulae pro diverso delegationis modo.

91. Officium iudicis modo explanatum, tum ordinario tum delegato iudici commune est: sed nonnulla iudicis delegati propria sunt modo exponenda. Iudex, eo quod est delegatus, illam obtinet potestatem ipsi in mandato concessam. Ex hac natura delegatae potestatis exoritur aliquid speciale in officio iudicis delegati. Officium enim, prouti explicavimus, discriminatur a potestate, uti ius ab exercitio iuris, et proinde officium iudicis delegati est modus legitimus exercendae delegatae potestatis. Exinde haec fluunt consectaria:

1) Iudex delegatus *valide* procedere non potest ad iudicium instaurandum nisi rescriptum delegationis ei oblatum sit,

quamvis private sciat ipsi delegationem factam fuisse. Unde literae delegationis in delegatum transferunt mandatam auctoritatem non ex tempore *datae* seu concessionis, sed ex tempore *praesentatae*, id est, *oblati rescripti*. Ratio est, quia delegata iurisdictio iudicem constituit delegatum in munere publico; unde literae authentice publicae exarantur, attestantes mandatam iurisdictionem. Quae proinde tunc acquiritur, quum personae designatae offeruntur literae authenticae delegationis: vi cuius iudex ipse delegatus aliquid facere vel exequi tenetur: *arg. c. c. 12 De appellat. X* (II-28) et *1 De elec.* (I-3) in *Extrav. comm.*

2) Deinde iudex delegatus, antequam procedat, debet Ordinario loci exhibere rescriptum delegationis, idemque partibus contendentibus exhibere, ut appareat legitime se ad iudicandum procedere. Delegatio enim est factum quod non praesumitur, sed probari debet. — Regulariter delegatio probatur per literas authenticas delegationis, sed etiam per testes aut per alia media probari valet. — Si ordinarius vel partes aliunde sciant probe factum delegationis, possunt delegati admittere iudicium, quin ipse probet: *cf. c. c. 31, De iud. deleg. X* (I-29) et *24 De rescriptis X* (I-3). Siquidem ad validitatem processus expostulatur, iudicem suae delegationis literas recepisse, quibus iudicandi potestate donatur. Partes dummodo certo sciant, iudicem ex legitima delegatione ad iudicandum procedere, iuri suo renunciare valent, videndi nempe suis oculis literas delegationis. In summa, iudici exhibendae sunt literae delegationis ut fiat iudex delegatus; partibus autem ut certiores fiant de habita delegatione; quod est supervacaneum praestare, si partes aliunde sciant, nam « *eum qui certus est, certiorari ulterius non oportet* », *ex reg. iuris 31 in 6.*

3) Iudex delegatus sedulo servabit limites mandati, tum quoad potestatem tum quoad modum procedendi, ex *cap.* « *Cum delicta* » *22 De rescript, X* (I-3) et *l. diligenter 5 ff. man-*

dat; adeo ut quidquid extra mandatum peragitur, irritum ipso iure sit, *arg. cap. 32 De off. iud. deleg. X* (I-29). At aliquando aequitas suadet potius intentioni delegantis quam literae rigorose esse inhaerendum; ut puta, si tempus comparitionis apud iudicem in rescripto praestituatur, iusta de causa dilatio partibus vel alteri partium, praecipue reo, concedi potest. Item partes ea quae in sui favorem in rescripto determinata sunt, valent immutare; ex *cap. Statutum* § *in nullo De Rescript. in 6* (I-3). Veluti si anni tempus constitutum sit pro iudicio absolvendo, in longiorem dilationem partes consentire possunt.

92. At quamvis iudici delegato pressius inhaerendum sit mandato delegationis, cuius limites transgredi non fas est, tamen non hoc ita intelligendum, ut non praesumantur concessa ea in mandato non expressa, sed intimius cum principali negotio connexa (1). Unde in hanc materiam viget principium in *cap. Praeterea 5 Tit. De off. iud. deleg. X* (I-29) ita expressum: « *Quia ex eo quod causa* (alicui) *committitur, super omnibus quae ad causam ipsam spectare noscuntur plenariam recipit potestatem* ». Exinde ea quae accessoria et connexa sunt, etsi non expressa, censentur concessa. — Sed intellige de iis accessoriis vel necessario connexis, quibus a iudice non definitis aut decretis, causa principalis expediri non valet. Vi cuius *plenariae* potestatis, iudex utitur etiam modica coercitione in spernentes sua mandata, admittit actoris probationes et rei defensiones nec non rationabiles exceptiones: ex *cap. 13 De off. iud. deleg. X* (I-29); nisi, ut ait in h. cap. Pontifex, « *exprimatur in litteris nostris quod nullae debeant exceptiones admitti. Quod nec nos nec antecessores nostros unquam credimus expressisse* ».

(1) « Hinc (advertit Devoti, *Ius Can. lib. I, tit. 29, n. 7*) delegatus in ius vocat litigantes, et venire recusantes censuris compellit, citat testes, poenisque animadvertit in eos, qui mandato iudicioque suo parere recusaverint ».

Sed haec clausula speciali indiget explanatione (1). Siquidem exceptio est species defensionis, quae, ipso naturali iure iubente, neutri partium deneganda est, tanto minus reo, cuius partes in iudicio sunt favorabiliores.

Iamvero cum primis advertatur, ipsum Pontificem hypothesim hanc *practice* habere fere impossibilem: tamen quia absolute eam non reiicit, *theoretice* difficultas remanet. Quae tamen evanescit si ex historia magis repetatur solutio. Tunc temporis ius canonicum veluti condebatur (*const. cit. edita est ab Alex. III anno 1177*), non theoretica sed practica methodo, id est, quotidiana exigente negotiorum expeditione. Nam a Summis Pontificibus iuris peritissimis, praesertim ab Alex. III, ab Inn. III, a Greg. IX, ab Inn. IV et a Bonif. VIII ad consultationem iudicum dabantur pro singulis casibus responsiones, quae solutionem continent dubii iuris accommodatam casui peculiari. Quo factum est ut in singulo rescripto, iuris dispositio adsit involuta quibusdam facti adiunctis omnino propriis, quibus spoliari debet pars dispositiva iuris, ut emergat generale iuris principium. Ad rem nostram quod attinet, quaestionis resolutio habetur in generali principio « *iudicem delegatum debere admittere rei defensionem, etiam exceptiones* »; sed Papa non excludit aliquando, ob facti speciem, posse prohiberi ne ullae admittantur exceptiones, quamvis fateatur se nunquam hoc iussisse neque credat decessores suos hanc clausulam expressisse, ob rei nimirum gravitatem. — Casus exceptionis esset *in causa criminali*, quando constet reum iam quibusdam exceptionibus elusisse iudicis sententiam; vel etiam *in causa civili*, si pateat voluntas rei per captiosas exceptiones fatigandi actorem et ve-

(1) Ex Inst. iuris can. notum supponimus conceptum exceptionis. Haec est *exclusio actionis*, cuius vim vel suspendit vel prorsus elidit reus allegando aliquid; unde *reus excipiendo fit actor*. — Iuvat hanc quaestionem resolvere, ut iuris communis intelligatur praeceptum hac in re; eiusque intentio, in universum.

luti in infinitum producendi litem (1). — Aliunde si reo prohibeantur exceptiones, non tamen prohibetur *appellatio,* ordinarium remedium corrigendi sententiam inferioris iudicis; et e contra si aliquando ob negotii qualitatem iudici delegato fiat praeceptum non admittendi *appellationem*, non interdicitur experimentum omnium probationum et *exceptionum*, quibus omnimode partes in prima instantia suum ius experiri et defendere valeant (2).

93. Re quidem vera etiam clausula in rescripto delegationis apposita, ut procedatur « *omni appellatione remota* », exprimitur et perpenditur in *cap. 53, de Appell. X* (II-28), sed eius vis ad certos casus restringitur; nempe « *quod quaelibet provocatio intelligitur removeri* (seu appellatio) *quae a iure non indulgetur expresse* ». Unde ab Inn. III expresse hic significatur valor clausulae. Sed certe hoc non prohibet quominus Summus Pontifex, quippe iure communi superior, delegationis edat mandatum, prohibens omnem appellationem

(1) Caeterum ne contendentibus apud iudices delegatos daretur ansa litem implicandi per veras aut fictitias exceptiones, omnia subtiliter cauta sunt, tum in Decretalibus Gregorii IX tum in sexto Bonifaciano, ut huiusmodi iudicia bene ordinarentur. — Tunc temporis omnia loca bellis et civilibus discordiis implebantur, et de una civitate ad aliam difficilis aut non tutus erat aditus. — Hinc in *c. c. 13 De off. iud. deleg. in 6* (I-14); *et 11 De rescript. in 6* (I-3); *et 28 De rescript. X* (I-3) plura determinata fuerunt, ut delegatus iudicium exerceat *in loco* tuto et litigantibus apto et facili; quae omnia tamen in commodum partium quum constituta sint, de partium consensu mutari valent. Quocirca hodie, temporum et locorum mutatis adiunctis, haec sunt fere nullius ponderis, praxim hodiernam non attingunt neque ullum facessunt negotium. — Idem ex subiecta materia, advertatur quoad alias id genus praescriptiones, ordinatas suapte natura maxime in utilitatem partium.

(2) Facilis exceptionis occasio est defectus iurisdictionis seu competentiae quem iudici pars obiiciat. — Iudex vero delegatus, arg. *cap. 33 De rescript. X* (I-3), plenissime cognoscere valet an sua sit iurisdictio.

etsi *expresse indultam a iure.* Cuius praescriptionis rationes repetendae essent a facti adiunctis; et praeterea, si quaecumque excludatur appellatio, non exinde interdicuntur recursus extraiudiciales ad superiorem iudicem, ut cavet idem Inn. III *in cit. cap.* addens: « *Sed si appellans fuerit gravatus iniuste, gravamen huiusmodi per Superiorem poterit emendari* ». Haec innuisse iuvet, ut appareat quomodo iudicis delegati officium potest cohiberi a Romano Pontifice. Inquam a *Romano Pontifice*, quia nullus ordinarius Papa inferior prohibere vel limitare valet appellationis remedium *iure communi* constitutum. Ipsi Pontifices hodie his clausulis uti non solent; at nihil vetat, quo minus, si casus ferat, hac clausula rescriptum delegationis communiant. — Praeterea ex dictis confirmatur principium; delegatum iudicem debere sequi communem processus regulam, nisi contrarium expresse iubeatur.

94. Non unus tantum, sed et plures, ad unum negotium vel ad unum negotiorum genus delegati constituuntur. Etenim in *cap. 21 tit. De off. iud. deleg.* (II-29), advertitur: « Illa

At discrimen est inter iudicem ordinarium et delegatum. Nam iudex ordinarius tantum cognoscere potest an sit competens ad *certam causam* videndam; non autem quando ipsi obiicitur quod nullam habet iurisdictionem, veluti ob ingressum simoniacum in beneficium. Iamvero delegatus cognoscere potest num sua sit iurisdictio, etiamsi pars citata ipsi opponat, nullam ipsum habere iurisdictionem, utputa eo quod asserat rescriptum delegationis esse invalidum. — Ratio disparitatis est, quia iudex ordinarius agit *nomine suo*, nempe vi iurisdictionis sibi ordinariae, quae si in quaestionem veniat, eadem invocari non potest ad dubium removendum; ea contra delegatus non nomine suo sed delegantis iudicat auctoritate quae proinde non deest, etsi delegatio non subsistat. — In persona delegati defectus iurisdictionis allegari posset ob defectum aetatis, quae a Greg. IX in *cap. 41 De off. iud. deleg. X* (I-29) ita determinatur iuxta summarium h. c.: « *Maior 20 annis potest a quocumque dari delegatus. Idem in maiori 18, dummodo interveniat partium consensus. Minor vero 18, non potest dari nisi a Principe* ».

quippe fuit antiqua Sedis Apostolicae provisio, ut huiusmodi causarum recognitiones duobus quam uni, tribus quam duobus libentius delegaret, cum (sicut canones attestantur) integrum sit iudicium quod plurimorum sententiis confirmatur ». — *Plures* vero delegati iudices constituuntur sub diversis clausulis. Vel enim ea lege constituuntur, « *ut omnes aut duo aut unus eorum, mandatum Apostolicum exequantur* », et tunc dicuntur constituti *in solidum*. Vel constituuntur *simpliciter* seu *collegialiter*, ea nempe lege ut omnes conveniant ad negotium expediendum. Ast haec *simplex* delegatio duplicem habet modum; vel enim edicitur, « *ut si omnes interesse nequiverint, reliqui mandatum exequantur* », vel cavetur « *omnes interesse debere et singulos, ut sententia valeat* », cf. *c. c. 16, 21, 22 23 tit. De off. iud. deleg. X* (II-29).

95. Aliquid dicamus de singulo casu (1). — Constituuntur *in solidum*, quando delegatis potestas conceditur, ita *ut omnes* aut *duo eorum* aut *unus* procedat aut alia *consimili forma*. Modus procedendi ita a Bonif. VIII explicatur in *cap. 8 De off. iud. deleg. in 6* (I-14): « ..... *ipsorum quilibet iniunctum potest libere adimplere mandatum. Porro uno eorum negotium inchoante commissum, alii nequibunt se ulterius intromittere de eodem, nisi vel infirmitate vel alia iusta causa illum contingeret impediri: aut si nollet, vel malitiose in eo procedere recusaret* ». Unde omnes vel plures ex delegatis si incipiant causam videre, unus tantum eam prosequi vel definire non valet. Si unus vero sine caeteris negotium praeoccupa-

(1) Etiam iure civili Romanorum huiusmodi delegationes pluribus fieri concedebatur; arg. *l. l. 76, ff. de iudic.* §§ *2, 5 et 18, ff. De recept.; et 56 seq. ff. De re iud.* — Praeterea iure eccles. in re iudiciali quando dubitatur an delegatio facta sit pluribus in *solidum* an *simpliciter*, praesumitur *simpliciter* factam fuisse, ut iudices *collegialiter* procedant. — *Collegium* vero iudicum *ordinarium*, habetur in SS. Cong. Rom., prouti habetur in S. Rota R.

verit, debet solus, quin alii se intromittant, causam prosequi et terminare, excepto casu quo prior vel ob legitimum impedimentum vel ob fraudem procedere non possit aut recuset. — Haec decreta sunt, quia omnes et singuli *in solidum* eamdem habent et participant delegatam iurisdictionem, ita ut prosequatur Pontifex l. c.: « *iurisdictione vero perpetuata, mandatore vivente per unum (eo casu quo potest) ex iudicibus delegatis perpetuata intelligitur quoad omnes* ». Quando iurisdictio *perpetuetur* in delegato, videbimus infra.

Constituuntur *simpliciter*, uti diximus, *duplici sub clausula.* Primo modo, quando prouti habet *cit. cap. 16, De off. iud. deleg. X*, duobus vel pluribus ita committitur causa, *ut nequeat unus sine alio procedere.* Et tunc, quocumque impedimento unus detineatur, alii valide procedere non possunt. Ratio redditur peremptoria in cit. cap. iis verbis: « *Cum causa duobus committitur, sententia unius non tenet* ».

Sed solet adiici clausula « *quod si omnes interesse nequeant, duo vel tres causam cognoscant et exequantur* ». Clausula ponitur ne inutilis evadat delegatio, si unus vel duo detineantur impedimento quo minus intersint vel interesse nolint. Hoc impedimentum vel voluntas non interveniendi debet probari, et hoc vel per nuncium vel per literas aut alium canonicum modum constare debet. Nam si temere delegati procedant, alio inconsulto vel non iuridice certiores de alterius impedimento, nihil agunt: nec valet consequens istius assensus in sententiam aliorum, quod enim *ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest.* In proposita clausula usi sumus hac conditione *interesse nequeant;* nihilominus caeteri coniudices procedere valent, si alius *possit* sed interesse *nolit.* Verum hic peccat et *gravissime est arguendus pro eo quod mandatum apostolicum exequi subterfugiat aut contemnat*, uti habet cit. cap. — Non enim attenditur *causa* absentiae, sed praecipue *impossibilitas* quoad alios conveniendi omnes, si unus interesse

nolit. — Non secus *caput 13, De rescript. X* (I-3) exprobrat huiusmodi delegati inobedientiam, aiens: « *nec enim ille qui tantummodo non vult interesse, hac impossibilitatis interpretatione valet aliquatenus excusari* »; at subiungit: « *nisi forte in rescripto sic habeatur expressum, si non omnes interfuerint vel simul nequiverint aut noluerint, interesse* » (1).

§ 4. *De modis quibus tum ordinarii tum delegati iudicis cessat potestas.*

Summarium. — 96-97. Tum ord. tum deleg. iudicis potestas pluribus modis cessat.

96. Demum quum iudicis officium sit exercitium suae potestatis legitimum, considerari debet quomodo cesset iudicis ordinarii aut delegati potestas, ut hac etiam ex parte limites cognoscantur officii iudicis.

Iudicis ordinarii potestas cessat:

1) per *mortem naturalem*, (2) ita tamen ut eadem iurisdictio in uno subiecto extincta, postea in alio seu in successore vigeat, qui antecessoris actus prosequi et complere valet: cf.

(1) Uti patet, sive ordinarii sive delegati iudicis officium proxime attingit processus iudicialis ordinationem; quare de isto aliquid erat explicandum.

(2) Aliquando etiam iudicialis occurrit disceptatio circa mortem iudicis ordinarii, quia dubitatur an revera hic mortuus sit. Ut ecce, quis in longinquas peregrinatus regiones, reditum adeo differt, ut de eius morte vehemens suboriatur dubium; et hinc an beneficium per obitum vacaverit. Huiusmodi causae species habetur in una Placentina *diei 28 Augusti 1841*; et in alia Vezprimien. *die 2 Maii 1896*, definitis apud S. C. Concil.

cap. 6 De rescript. in 6 (I-3) *et* Leurenium, *Forum benef. P. III q. q. 3, 34, 35.*

2) per resignationem legitimam officii: cf. *tit. De renunciat. X* (I-9).

3) per depositionem vel suspensionem ab officio, quae haberi potest etiam per factum *non culpabile;* ita ex *cap. 4 De regul. in 6* (III-14) clericus Religionem ingressus, per annum probationis beneficio non privatur, sed officium per alium expleri debebit. — Ob delicta vero vel gravem criminis suspicionem incurritur aut decernitur officii privatio aut ab officio suspensio, iuxta ius commune: cf. Leurenium, *Forum benef. P. III, q. 161 seq.*

4) per translationem; cf. tit. *De transl. X* (I-7), et per permutationem; cf. tit. *De rerum permut. X* (III-19).

5) Demum Vicarii Generalis potestas cessat non solum per remotionem aut suspensionem ab officio, sed omnibus aliis modis, quibus Episcopi potestas cessat aut suspenditur, prouti late explicant *commentatores iuris Decret. in tit. De Officio Vicarii:* cf. Leurenium, *Forum benef. De Vicariis Episcop. app.* — Pro nostro instituto sufficiat innuisse causas, quibus ordinarii iudicis potestas extinguitur; item, quod ad iudices delegatos, tantum enunciabimus modos, quibus horum potestas evanescit.

97. Iudicis delegati potestas cessat:

1) per mortem delegati, nisi expresse cautum sit in mandato, quod delegatio transeat in haeredes, vel nisi delegatio non personae sed officio seu dignitati principaliter cohaereat: cf. *cap. 14 De off. iud. del. X* (I-29).

2) per mortem delegantis, si res adhuc sit integra; arg. *cap. 30 De off. iud. deleg. iam cit.* (1). — Res dicitur integra

(1) Lucius III in cit. cap. 19 ait, *litis contestationem* requiri, ut res amplius integra non sit ac delegati iurisdictio perpetuetur; contra Urbanus III in cit. cap. 20, decernit *solam citationem* sufficere. — Innumerae

si partium citatio nondum facta fuerit: arg. *c. c. 19 et 20 eiusd. cit.* Nam ait Bonif. VIII in *c. 6 eiusd. tit.* (I-14): « *Cum iurisdictio* (*ex quo ipsa usus non existit* delegatus) *non censeatur in eum efficaciter transivisse* ».

3) per mortem unius ex pluribus delegatis ad unam causam dirimendam electis, quando ceteris facta non sit facultas procedendi etiam altero ex ipsis deficiente. Vel nisi vivente adhuc illo delegato, causa iam fuerit incoepta; vel delegatus antequam obierit, ipse vices suas alii condelegato commiserit: cf. Pirhing in *h. tit. 29, n. 171, lib. I.*

4) Lapsu temporis praefixi in mandato, nisi partes in quarum utilitatem tempus determinatum fuerat, idem, antea quam expiraverit, prorogent; arg. *cap. 4 cit. tit. 29.*

5) expleto delegationis mandato, quod tamen, nisi contrarium exprimatur, in iudicialibus censetur porrigi usque ad sententiae executionem; siquidem « .... ex quo iudex delegatus per se vel per alium, sententiam exequi mandavit vel mandari praecepit, eius auctoritas et iurisdictio cessat; quia semel est officio suo functus »; ex *cap. 9 cit. tit. 29.*

6) Legitima renunciatione mandati ex parte delegati aut subdelegatione alteri facta in totum, ita ut delegatus se iurisdictione abdicasse censeatur; cf. *c. c. 6 eiusd. tit. in 6, et 21 § 1 h. t. X.*

7) Revocatione mandati *tacita* sive *expressa* ex parte delegantis, etiam *re* amplius *non integra*. Quae revocatio, vim habebit, quum delegato renunciatur per litteras revocatorias aut aliunde factum revocationis probe innotescat: arg. *c. 24 De rescript. X* (I-3).

sunt canonistarum sententiae, quae diversimode harum decretalium conciliationem experiuntur: has enumerat Emmanuel Gonzalez *in cit. cap. 20.* Verior videtur sententia affirmans, Lucium III secutum fuisse ius civ. *in l. 15, ff. Ratam rem haberi;* et *in Auth. litigios. Cod.;* Urbanum III, Lucii successorem, ius novum constituisse; et adhuc hoc iure utimur.

8) Recusatione iudicis delegati legitime (1) proposita. Etsi nondum pronunciatum sit de existentia causae suspicionis, interim tantum suspenditur iudicis iurisdictio itemque subdelegandi potestas: arg. *cap. 5 eiusd. tit. in 6.*

(1) Sane iudex sine legitima causa recusari non debet. Plures a doctoribus afferri solent causae, quae tamen non sunt *taxativae*, sed *demonstrative* enunciantur, et eo spectant ut *suspecti et inimici, iudices non sint*; cf. *c. c. 17, 25, 35, cit. tit. De off. deleg.*

CAPUT III.

DE ADVOCATIS ET PROCURATORIBUS.

Summarium. — 98. Horum notio aliquid commune habet. — 99. Nam *advocatus* est auxilio litigantibus in iudiciali quaestione explicanda; *procurator* in explendis, nomine litigantium, actibus processus. — 100. *Advocatus* a *iurisconsulto* distinguendus est. — 101. Notio procuratoris ulterius explicatur. — 102. Adv. officium suapte natura habendum est uti distinctum ab officio procuratoris. — 103. Iure romano advocatorum munus uti *publicum* et *nobile* officium habitum est. — 104. Progressu temporis etiam procuratorum officium *publicum* effectum est.

98. Modo succedit tractatio de personis in iudicio partem minus principalem habentibus: et primo sermo sit de advocatis et procuratoribus, qui actori et reo operam in iudicio praebent. Officium advocati distinguitur necessario a procuratoris officio; sed propter eorum affinitatem utriusque notionem simul exponemus, postea separatim illorum officium explicaturi.

99. In iudicio actor et reus in duplex negotium magnopere incumbere debent;

1) nempe in probationem *facti* contendit actor; et reus in refutationem probationum et instantiarum; uterque vero ius et legem invocant in propriam partem.

2) tum actor tum reus iudicialis processus normis et ordinationibus satisfacere debent, ut legitimam instaurent iudicialem contentionem. Atqui utrumque negotium magnis difficultatibus implicatur, et praesertim primum. Revera quamvis actor non ius interpretari sed factum probare debeat, tamen in factum proprium, iuris praescriptionem congrue invocare nequit, nisi cognoscat *ius facto* correspondens atque iudicium instaurans eam invocet legis dispositionem facto accommodatam. — Deinde coram iudice et reo contradicente, actori ita factum exponendum est, ut appareat *facto ius* correspondere. — Idem

debita servata proportione, dicatur de reo. Sed uti cuicumque civi solet accidere, iudicium aliquando ingredi, ita perpaucis usuvenit haec omnia per se ipsos praestare posse.

Praeterea actori et reo magnum negotium est, actus ponere processuales, nempe iudicium instaurare, ingredi, urgere et prosequi iis servatis regulis, quibus processus iudiciales ordinantur. — Hinc necessitas varios id genus actus ponendi per alium, instructum ad rem apposito mandato, nimirum per procuratorem, qui actoris aut rei personam in iudicio repraesentat. — Haec sunt utriusque muneris, advocati scilicet et procuratoris suprema lineamenta; quae modo magis enucleanda sunt.

100. Cum primis distinguemus *advocatos* a *iurisconsultis*. Nam iurisconsultus domi manens, in iuris quaestionibus consultus, explicat iuris praecepta quoad factum peculiare, docens viam ineundam in iudicio instaurando aut prosequendo, at relinquit clienti aut per se aut per advocatum sua iura tueri, defendere in iudicio. Contra advocatus etsi partes iurisconsulti expleverit ante iudicium, in ipso iudicio pro cliente iuris et facti argumenta proponit et defendit. — Praeterea, ex institutionibus iuris romani, *patronus* sive *orator*, ita dictus a peroratione causae viva voce facta in iudicio, confundi non potest cum advocato qui amicum in iudicio comitabatur, ut ei consilio, opera *(quasi procurator)* adesset in causae agitatione. — A patronis et oratoribus non minus distinguendus est iurisconsultus: cf. Cic. *pro Muren. 2-4, pro Caec. 27, pro Quint. 5, 2, 21, pro Cluent. 19, De Orat. 1, 45.* — Necessitas vero contendentes adiuvandi in explicanda et dirigenda iudiciali quaestione est tam naturalis ipsi iudicio ut, statim ac apud Romanos ius processuale adolevit, patronorum sive oratorum munus in summa aestimatione habitum fuerit, prouti testantur Romanorum (1) monumenta oratorum.

(1) Primum vestigium muneris advocati in legibus romanis adinvenitur in instituto *patronatus*: cf. Padeletti, *Storia del Diritto Rom. cap. 17.* — *Patroni* debebant *clientes* suos etiam in iudicio manuducere et defen-

101. At prima iuris romani epocha advocatus ponebat etiam actus iudiciales, sed non proprie qua *procurator*, quia ipse in iudicio partem comitabatur eaque praesente et adsentiente certos explebat iudicii actus. Procuratoris vero est mandantis personam repraesentare seu substituere. — Siquidem ea antiquiore aetate non poterat alius pro alio personam gerere in iudicio, seu procuratores ad lites non admittebantur, ex eo principio « *Nemo alieno nomine lege agere potest* », arg. *L. 123 pr. ff. De reg. iur.* Postea introducto processu *per formulas*, seu emollita primigenia iudicialis processus asperitate, per alios in iudicio contendere permissum fuit, eo tamen pacto ut in constitutos procuratores fieret cessio litis seu actionum, qui proinde quasi in rem suam agerent. Exinde recognitum fuit in procuratoribus *domi-*

dere. — Oratius (Epist. II-1) advertit: « *Romae dulce diu fuit et solemne, reclusa — Mane domo, vigilare, clienti promere iura* ». Deinde quum ius civile et iudicia magis evoluta sint, ipsi *patroni pro clientibus* facti sunt *oratores* sua *peroratione*, iura clientum in iudicio defendentes. — Interim munus *iurisconsulti*, qui alienus a strepitu forensi domi iura promebat, magno in honore habebatur, quum operâ iurisperitorum *ius civile quotidie in melius producebatur*; uti testatur lex *2 § 13 De orig. iuris.* — At etiam magis implicabantur ambages iudiciales; praecipue in causis criminalibus, unde partes solebant *advocare* in defensionem et auxilium, amicos, parentes, affines, iurisperitos, qui sibi opera et consilio adessent in litis agitatione. Inde *advocati* nomen quod antea ipsis testibus tribui soluit; cf. Plautum (*Poenulus III, 1, 3, 22 etc.*), quodque postea proprium evasit eorum qui causarum patrocinium suscipiunt, uti Ulpianus (*l. 11, ff. De extraord. cognit.*) hos definit « *omnes omnino qui causis agendis quoque studio operantur* ». Quamobrem advocati officium evasit *publicum* et impendi coepit aliquo constituto stipendio. — Antea enim patroni, oratores, *vi patronatus*, clientes in iudicio tuebantur, quin ullam exigere aut recipere possent mercedem. — At advocati munus, evectum ad publicum officium corrumpi coepit; quare plures leges advocatos coercuerunt; et plura usurpata sunt nomina, quibus viliores in hoc officio distinguerentur: in monumentis iuris rom. distinguuntur, *legaleius*, *causidicus*, *formularius*, *monitor*, *morator*, *pragmaticus*, qui aut imperitia aut malitia advocati no-

nium litis. — Vestigia huius dispositionis inveniemus in Const. Bonif. VIII *h. t. in 6, cf. c. c. 1 et 6 De procurat.* (I-19), quae suo loco infra exponemus. — Demum apud ipsos populos germanicos antiquioribus legibus difficillime admissa fuit persona procuratorum in civilibus quoque causis agendis. Nam rudioris populi mores sinere non solent alium agere vel respondere pro alio, qui solus reapse obligatione solvendi vel aliquid praestandi tenetur: quid enim si iste nolit rata habere *acta* a procuratore? Quomodo sententiae executio urgebitur in reum qui nullimode in iudicio comparuit, quum per alium responderit? Cui difficultati ut prospiceretur, iam romano iure introductae sunt cautiones *de rato* exigendae a procuratore actoris; et cautiones *de iudicato solvendo* a rei procuratore praestandae (1).

mine indigni habiti sunt. — In documentis iuris eccl. prioris aetatis nominantur, *iurisperiti, scholastici, togati, advocati.* — Celebres sunt in Annalibus Ecclesiae *Advocati Ecclesiarum:* erant presbyteri aut laici electi ad defendenda, praesertim in iudiciis, iura Ecclesiarum; quocirca renovarunt in Ecclesia *ius patronatus* prioris epochae romanae. — At, malo fato, huius advocatiae munus, advocati coeperunt in suum emolumentum convertere cum maximo Ecclesiarum damno; non secus ac praestiterunt *Commendatores* Ecclesiarum, harum effecti pessimi vastatores. — Unde *advocati Ecclesiarum* a medio ablati sunt: cf. Thomassin., *Vet. et Nov. Eccl. discipl. P. I, Lib. II, c. 97*; et Ferraris *Bibliot. can. V. Advocatus*.

(1) De origine et procuratorum constitutione iure romano aliquid explicare necesse est, quia huiusmodi institutum canones fere integrum exceperunt a iure romano. — Uti iam innuimus, antiquitus non concedebatur, *alium pro alio in iudicio agere*; uti docet Gaius (Inst. IV-82): « *cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, nisi pro populo et libertatis causa* ». Deinde sub systemate *formularum* admissi sunt *cognitores* et *procuratores*: cf. Keller, *Civ. Proc Rom.* § *52*. At iuris rigor non statim remittitur; ideo *cognitores* constitui non poterant nisi *per certa et solemnia verba* coram magistratu; sed passim invaluerunt *procuratores*. Procurator, ait Gaius (Inst. IV-84), « *nullis certis verbis* in litem substituitur: sed ex solo *mandato*, et absente et ignorante adversario constituitur: quin etiam sunt qui putant vel eum procuratorem

102. Verum advocati et procuratoris officia ad invicem distingui, planum est; quia satisfaciunt diversis in iudicio partibus, quamvis nihil impediat quo minus idem utroque munere fungatur in eodem iudicio. Re quidem vera quis commode in iudicio iuris et facti, sive pro actore sive pro reo, quaestiones potest explicare, et etiam actus processuales pro alterutra parte ponere, eius personam in iudicio agendo ex mandato procuratorio.

103. Admodum vero nobilius est advocatorum officium procuratoris officio; ut patet ex natura muneris advocati, qui debet ius apprime callere et dicendi artem ad disertam argumentorum expositionem. Procurator, e contra, etsi actus iudicii expleat, quin eorum vim iuridicam intelligat, nihilominus iam suo muneri satisfecit. Quapropter ob gravitatem officii:

1) advocati munus iure romano *publicum* et *honorabile* habitum est multisque gaudens privilegiis; *l. laudabile 4, 6,*

videri cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum etc. » Tunc enim procurator habetur quasi *negotiorum gestor* vi quasi contractus seu praesumpti mandati. — Haec examussim servantur iure can. — Praeterea rigor civilis iuris non patiebatur procuratorem haberi simplicem mandatarium, sed expostulabat istum, ob cessionem litis, fieri *dominum litis;* adeo ut sententia in ipsum procuratorem ferretur: cf. Gaium, *l. c. 86.* — *Intentio* mandati procuratorii erat cedendi litem sed non rem litigiosam, hinc procurator ius, per sententiam, constitutum non sibi sed mandanti acquirebat; quare dictus est *procurator in rem alienam.* — Romani, qui solemne habuerunt, ius civile in melius producere, convertendo leges iam inductas in novam formam, occasione mandati procuratorii introduxerunt cessionem actionum seu translationem *obligationum personalium* de uno in alium. — Antea frequentaverant tantum *rerum* permutationes seu commercium. — Coeperunt enim inire cessiones actionum cum *intentione* cedendi non tantum *litem* sed *rem ipsam* de qua agendum erat: hinc enati sunt *procuratores in rem suam.* Cf. *l. 4, § 1, ff. De eviction.;* et Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette,* §§ *254-258.* — Procuratoris *in rem suam* mentio habetur etiam in iure can. —

De adv. divers. iudic.; procuratoris vero officium magis uti *privatum, vile et onerosum; l. siquis 34 C. De decurion.*

2) Advocati *ordinem, collegium* (1) *togatum* constituerunt, *l. 8, C. De postulando et ll. 3, 5, 7, C. De adv. div. iudic.*; et quoad adimplementum proprii officii particulari disciplinae subiiciebantur, *l. 9, C. De adv. div. iudic.* Sed haec statuta sunt post Diocletianum seu post interitum epochae iuris classicae et maxime legibus Iustinianeis. Antea enim patroni seu oratoris munus erat omnino gratuitum et honorarium, abhorrens a quovis salario aut dono, uti innuimus.

3) Quum effectum sit publicum advocatorum officium in ordinem advocatorum, ii tantum cooptati sunt, qui propriae scientiae et idoneitatis experimentum fecissent, ut decernit Iustinianus in Praefatione ad Pandectas. — Ex istis qui *iurati* vel *collegiales* dicti sunt, nonnulli destinabantur ad certas tuendas causas, veluti *pauperum* aut *miserabilium* personarum.

104. Procuratores quoque, praesertim media aetate, propria constituerunt collegia, ad quae praevio experimento admittebantur, et aliquando etiam procuratores in unum collegium cum advocatis coaluerunt. Unde procuratoris munus passim habitum est uti *publicum* officium, sed pro diversis regionum moribus hoc diversimode constitutum fuit (2). Ita adhuc nostris diebus, ut

(1) *Togati* dicti sunt eo quia *toga* uterentur. Toga olim fuit vestis Romanorum propria, quos Virgilius (I-283) appellabat: « *Romanos rerum dominos gentemque togatam.* » Toga adhuc advocatos distinguit et honestat.

(2) Tria potissimum invaluerunt systemata, quae distinctionem praestituunt utriusque officii, sed non conveniunt an unus idemque utrique officio in iudicio satisfacere valeat, imo an unus idemque utrumque officium agere possit. — Revera primum systema constituit, advocati et procuratoris munus in eadem persona conciliari non posse. Secundum systema iubet, unum officium ab alio non separari, sed unum sine alio non posse exerceri. Tertium systema mediam iniit viam; statuit enim officiorum distinctionem et unum vel aliud exerceri posse distinctim, sed non prohibet quominus unus idemque utrumque agat munus in iudicio. — Codex ita-

meminit cl. Santi *Tit. 32, De officio iudicis n. 17*, heic Romae adest et eminet Pia Congregatio advocatorum et procuratorum a S. Ivone nuncupata, cuius congregationis confratres pauperum defensionem *pro amore Dei* suscipiunt (1). — Inde etiam patet christianorum mores quammaxime adprobasse ordinationem officii advocati iure romano inductam et procuratorum munus fere eadem ratione constituisse. At canones haec servari expresse non iubent, ne nimiis implicent difficultatibus apud Curias Dioecesanas iudiciorum agitationem. — Iuvat sane suprema lineamenta officii *adv. et proc.* retulisse, quum civilibus populorum legibus haec statuta fere integra conservata sint; et in Curia Romana iamdiu coetus adv. et proc. ita institutus sit, et nuper in statu Pontificio ex *Editto Card. Gamberini* § *28 seq.* et *Regolamento penale Gregoriano, art. 205*, non secus ordinatus fuerit (2).

licus hoc systema amplexus est. Cf. Mattirolo, *op. cit. Part. I, Tit. II, cap. 6 - append.*

(1) Ecclesia peculiarem usque sollicitudinem fovit in pauperes et miserabiles personas, et ad suum forum horum causas revocavit: cf. Valter, *Manuale di Diritto Eccl., Lib. IV*, § *184, La Chiesa come fôro delle persone bisognose di tutela.* — In Italia praecipue floruerunt piae advocatorum et procuratorum consociationes ordinatae ad pauperum gratuitum patrocinium: cf. Dubeux, *Etudes sur l'institution de l'avocat des pauvres etc.*, Paris, 1847 et Dorigny, *De l'assistance judiciaire et des immunités accordées aux indigentes*, Paris, 1851. — Hodie apud SS. Cong. species gratuiti patrocinii habetur in votis Consultorum, qui scribunt pro veritate in causis etiam contentiosis, praecipue matrimonialibus, quando partes advocatum constituere non possunt. — In Curiis, pro re nata, assignari debet pauperi litiganti advocatus, cuius honorarium postea desumetur ex taxis ordinarie devolutis ad tribunal vel ex expensis in quas condemnetur pars victa, vel aliunde, uti praecipit Bened. XIV in Const. *Dei Miseratione* § *12*, agens de Defensôre matrimonii ex officio.

(2) Quomodo advocati et procuratores suum expleant munus in Curia romana; quemnam gradum et ordinem obtineant, videbimus agentes de Curia romana in tractatu *De iud. in specie.*

CAPUT IV.

DE ADVOCATIS.

Huc referatur tit. 37, lib. I, X.

Summarium. — 105. Advocati officium definitur. — 106. Quinam prohibeantur advocatum agere. — 107. An et quomodo clerici saeculares ab advocationis munere arceantur. — 108. An Regulares prohibeantur.

105. Advocatum agere, *postulare* appellatur ex *tit. 37, lib. I, X* prouti in Digestis *tit. 1, lib. III;* et *postulare* nihil aliud significat « *quam desiderium suum vel amici sui apud eum qui iurisdictioni praeest, in iure sive iudicio exponere vel alterius desiderio contradicere* (1); cf. *can. infantes 2, caus. 3, q. 7;* et *l. 1, § 2, ff. De postulando.* Haec definitio exprimit ipsum munus perorandi causam, et ex hoc revera quis dicitur *advocatus* et distinguitur a *iurisconsulto,* ut iam innuimus. Munus advocati implicat forensibus litigiis, officium vero iurisconsulti ab hisce abhorret; proinde ius can. (vide Fagnanum, *com. in cap. 1, tit. 37, X, n. 20 et 21*) vetans clericis, qui saecularibus negotiis se immiscere non debent, advocationis officium, non vetuit iurisconsulti munus. Hanc distinctionem innuisse sufficiat, ut ea quae de advocatis dicturi sumus, applicentur muneri perorandi, non muneri respondendi tantum iuris consultationibus.

(1) Haec definitio celeberrima et canonistis communis ab Ulpiano iurisconsulto prodiit, *l. 1 ff. De postulando* — Vocabulum *postulare* repetendum est a iudiciali processu, *per formulas* ordinato, quando partes *in iure* debebant suam edere actionem absque verborum solemnitate, seu non amplius *actionum legis* rigore adstrictae, poterant *postulare* quod sibi in iudicio repetere cupiebant. Dein admissum fuit postulare *pro se* vel *pro aliis.* — Et pro aliis postulare est munus advocati.

106. « *Postulare sive advocare omnes possunt, quibus expresse in iure id non reperitur prohibitum; nam edictum de postulando prohibitorium est, sicut et illud de constituendo procuratore* »; ita Pirhing *in tit. 37, lib. 1, n. 10.* — Hoc iuris romani principium excepit ius canonicum, ut communiter doctores tenent, nec non praecipuae iuris civ. dispositiones in canones transierunt. In genere, laici (1) non prohibentur in foro ecclesiastico perorare. — Verum

1) prohibentur advocatum agere minores septemdecim annis; ex *l. 1, ff. De postulando.*

2) Ex hac cit. lege foemina advocare non potest nisi pro filio, cuius est tutrix, uti ex cap. *Ex parte 67, De appellatio X* (II, 28) arguunt canonistae. Eleganter rationem reddit *lex 1, § 5, ff. De post.: « Ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres ».*

3) Pagani haeretici et praesertim excommunicati reiici debent, ne advocati fungantur munere in foro ecclesiastico: cf. *leg. ult. Cod. De postulando; et c. c. 16-18 De iudaeis X* (V-6), *et can. 7 De poenit., dist. 1.* — Item *infames*, qui tamen urgente necessitate, dummodo aliquam mereantur fidem, admitti possunt, praesertim in causis consanguineorum, circa facta quae ipsis potissimum praesumuntur explorata. Haec aestimabit iudex arbitrio boni viri; cf. Schulte, *Process. mat.* § *28.*

4) *Litterarum et iurium imperiti prohibentur a postulando, arg. leg. Nec caeterarum 2 C. De postulando.* — Verum canones in genere monent, requiri iuris ecclesiastici peritiam in advocatis, at huius peritiae non determinant gradus et publicum documentum non exquirunt, ut quis accenseatur

(1) Etiam in processu matrimoniali seu in iudicio de validitate Sacramenti matrimonii laicus non excluditur a causa peroranda: cf. Schulte, *Process. mat.* § *26.* In Curia romana habentur *advocati consistoriales*, destinati ad postulandum in Cardinalium Consistorio coram SSmo; sed laicus ab hoc munere non prohibetur.

advocatorum coetui. — Proinde attendenda est locorum consuetudo, constituens ius peculiare. — Ita heic Romae apud Congregationum tribunalia quis non admittitur uti advocatus nisi in utroque iure vel, dispensative, in iure tantum can. doctoratum obtinuerit et speciale suae peritiae tirocinium et experimentum fecerit: item cfr. *Editto Card. Gamberini* § *229.* Aliunde pro certo habeatur, ex ipso iure naturae, quem admitti non posse ad perorandum iuris imperitum, qui absque dubio et admodum clienti et publicae administrationi iustitiae damnum afferret. Hoc praeceptum, potius iuris naturalis, inculcat, *Inst. S. C. EE. et RR. 11 Iun. 1880 art. 30.*

5) Ex *c. c. 8 De Sententia Excomm. in 6* (V, 11) *et 7 De iudiciis X* (II, 11), *et 13* § *5 X De haeret.* (V, 7) excommunicati postulare non possunt.

6) Iudex in causa in qua iudex est, advocatus esse non potest; fit enim naturaliter suspectus qui in eodem iudicio iudicis aut arbitri aut consiliarii et advocati partes agat; *arg. c. Quisquis 6 C. De postulando.*

107. Tandem quid de clericis statuat ius can. dispiciamus. Primo de clericis saecularibus, postea de regularibus. — Dispositiones in clericos praecipuae continentur in *c. c. 1, 3 De post. X* (I, 37). Iamvero statuitur,

1) clericos *minores*, et *maiores*, subdiaconatu et diaconatu initiatos, in foro eccl. libere advocatos se posse exhibere. Est ex cit. cap. 1 ratum principium.

Sed quaestio est an Sacerdos possit advocatum agere in foro ecclesiastico. — Videretur sacerdos absolute excludendus ex cit. cap. 3, cuius en verba: « *Cum Sacerdotis sit officium nulli nocere, omnibus autem velle prodesse; nonnisi pro seipso vel Ecclesia, vel (si necessitas expostulet) pro personis coniunctis aut miserabilibus, sibi licitum est postulare* ». Fundati claro textu legis, Sacerdotem posse *postulare*, negant communiter doctores: vide Schmalzgrueber, *in tit. 37, lib. I, n. 10*

et Pirhing in eumd. tit. n. 9. — At contra affirmant, Sacerdotem advocatum agere posse in foro ecclesiastico, celebris Hostiensis, *Glossa in h. cap.;* et Bened. XIV *De Synodo Dioecesana L. 13, c. 10, n. 12.* Sed quidquid sit de fundamento interpretationis Hostiensis, certum est Bened. XIV hoc affirmasse, innixum consuetudini maxime inolitae, praecipue in Curia Romana de qua ita testatur Fagnanus, *in cap. Clerici tit. 37, lib. I, n. 22:* « *Declaratur*, ait, *supradicta regula ut non obtineat in Curia Romana ubi contrarium servatur de consuetudine* ». Verum quia haec consuetudo non videtur esse generalis, non infirmat ius commune. — Quare ius commune viget vetans Sacerdotibus etiam in foro ecclesiastico advocatos esse; his quatuor casibus exceptis ex cit. c. *Cum Sacerdotis:* « *Nonnisi pro seipso, vel Ecclesia sua, vel (si necessitas immineat) pro personis coniunctis aut miserabilibus sibi licitum est postulare* »; quibus in casibus tum in foro eccl. tum in laico perorare potest Sacerdos. — Pro praxi advertatur Sacerdotibus faciliter posse ad postulandum aperiri aditum, nulla quoque favente peculiari consuetudine, quia in foro eccl. non solet haberi contentio *oralis*, sed in scriptis advocatorum vota proferuntur, ita ut patronus potius partes *iurisconsulti* quam *advocati* agat. Hac de ratione Sacerdos admitti potest ad patrocinium causarum, prouti fit in Cong. Romanis. Quo sub respectu Card. De Luca *(Relat. Curiae Rom. discurs. 46, n. 17)* probat Curiae Romanae consuetudinem admittendi Clericos maiores et Sacerdotes ut patronos in causis forensibus civilibus et ecclesiasticis, et praecipue hoc sensu intelligendus est Bened. XIV l. c. (1).

(1) Sane hic Auctor ita disserit, ut Bouix, *De iud. eccl. Tom. I, p. 206*, fateatur se eius assertionem cum iure communi conciliare non valere. Dicit enim Bened. XIV l. c.: « *Sacerdotes se libere in foro eccl. uti advocatos exhibere ex permissione iuris can.* ». Re sane vera ius scriptum Decretalium, contrarium edicit; quare potius recurrendum est ad ius consuetudinarium quod legitime invalere potuit apud Curias eccl. quum

2) *Clerici in ordinibus minoribus constituti si habeant beneficium vel alios reditus ecclesiasticos in negotiis saecularibus et coram iudice saeculari advocati esse non possunt; si vero nec beneficium nec hos redditus habeant, non prohibentur.* — Si enim beneficium habent seu ecclesiasticos reditus, non debent se his negotiis immiscere, qui totos se manciparunt divino servitio. — Si vero congruam non recipiant sustentationem ab Ecclesia; ius habent aliunde sibi necessarios reditus honeste comparandi (1). — In eadem Decretali « *Clerici* » excipiuntur *tres* causarum species; nimirum *clerici* beneficium obtinentes non possunt in curia saeculari advocati officium exercere, *nisi propriam causam* vel pro *Ecclesia* aut pro *miserabilibus* forte personis, agant.

3) Ista triplex exceptio valet etiam pro clericis subdiaconatu et diaconatu initiatis qui in curia saeculari his in causis postulare valent, ex *cit. cap.*

strepitus forensis ab eisdem fere exulaverit et advocati munus ad *iurisconsulti* officium pene redactum sit. Plane temporum mutatio non parum rigorem temperavit praescriptionis iuris Decret. hoc in propositum, duce ipsa curia romana; in qua tamen si Sacerdotibus facilius fuit se immiscere in forensia negotia etsi saecularia, bene perpendenda est animadversio Card. De Luca l. c., nempe « *quia ista est principaliter curia Papae, principis ecclesiastici* ». Quocirca ab hac ad alias curias argumento *a pari* arguere non licet. — Advocati vero munus quod spectat, item in diiudicando curiae romanae stylo prae oculis haberi debet « ... *advocati officium in curia romana esse quid singulare atque illi curiae proprium: restringi nempe ad munus meri iurisconsulti qui propositis sibi titulis seu motivis quibus sese fundat procurator, respondet de iure etc.* ... », ita Card. De Luca, *Dottore volgare, Lib. 15, cap. 41, n. 13 seq.* Haec confirmantur ex his quae habentur in Concilio Romano anni 1725, cf. *Collect. Lacens., Tom. I, p. 373.*

(1) Notat Pirhing, *in tit. 38, Lib. I, X, n. 7*, clericum, qui bona habeat patrimonialia cuiusvis generis, unde honeste et decenter vivat, in foro saeculari advocatum agere non debere, ob naturalem indecentiam huiusmodi officii cum statu clericali.

Quamvis in capite *Clerici* non addatur quarta conditio « *et pro coniunctis personis* » expressa in cap. *Cum Sacerdotis*, haec tamen in illis tribus virtualiter continetur, quippe etiam coniuncti inter miserabiles personas numerantur, cum clericus debeat eos defendere « *si necessitas immineat* », ut statuit *cap. Cum Sacerdotis*.

4) Clerici, deinde, nequeunt quocumque in tribunali contra Ecclesiam, in qua habent beneficium, pro extraneis advocatum agere; et si id faciant, in poenam ingrati animi valent beneficio suo privari, ex *cap. 3*, § *Clericus, De post. X*. Inquam *pro extraneis;* posset enim *pro se*, pro *miserabilibus* personis aut pro *Ecclesia* in qua forte est praelatus, contra illam postulare a qua beneficium habet: cf. Pirhing *tit. De post. n. 14 et 15.*

5) Clericis omnibus sive maioribus sive minoribus, sive beneficium ecclesiasticum habeant sive eo careant, vetitum est in causa sanguinis, nempe capitis, vel mutilationis *pro actore* patrocinium gerere, nempe ut reus poena plectatur; et hoc ob periculum *irregularitatis*. — Imo ut advertit Abbas in *cap. 1, n. 5, tit. De postulando*, tutius est ut in talibus causis sese non immisceant neque *ad reum* defendendum, ne reus ob patroni imperitiam damnetur; nisi charitas seu necessitas defensionis urgeat. Cf. Bouix, *De iud. etc. Tom. I, p. 201.*

6) Tandem clericis omnibus etiam Sacerdotibus si neque ex reditibus ecclesiasticis neque aliunde suppetat unde vivant, licite possunt advocatum agere tum in foro laico tum ecclesiastico: quam conclusionem inter DD. communem ita comprobat Pirhing in *tit. 37, lib. I, n. 10:* « Nam si clericus victum et vestitum sibi quaerere potest exercendo agriculturam *(can. Clericus 3, Dist. 91)*, multo magis in tali necessitate poterit exercere munus advocationis...., et si clerico licet advocare pro pauperibus et aliis miserabilibus personis, multo magis erit ei licitum ut propriae necessitati consulat..... » Pro casibus specialibus vero clerici consulant S. Sedem et, ut testatur Bened. XIV in l. supra

citato, per Breve solet « *eousque advocationis exercitium eidem permitti, quousque certos ecclesiasticos reditus in congruam sustentationem aut beneficium residentiale fuerit assecutus* ». Nunquam tamen permittitur aut conceditur pro causis criminalibus criminaliter actis, ob periculum irregularitatis.

108. Demum verba facienda sunt de Religiosis. Monachi aliique Regulares non possunt postulare nisi pro utilitate proprii Monasterii et accedente simul mandato sui praelati Regularis, *arg. cap. 2, De post. X* (I-37). — Verum in Clem. in *cap. 1 Exivi* § *Proinde - De Verb. Signif.* (V-11) excipiuntur Fratres minores, qui non solum nequeunt esse advocati etiam de mandato suorum superiorum, sed insuper non possunt personaliter adsistere advocatis et procuratoribus, quando ipsorum negotia pro rebus temporalibus agitantur in curia.

§ 1. - *De obligationibus et iuribus advocatorum.*

Summarium. — 109. Advocatorum obligationes. — 110. Ius ad certum honorarium. — 111. Nonnulla stipendii pacta interdicuntur. — 112. Moribus hodie receptum, ut in coetu adv. nonnulli electi vigilent in obligationes et iura. — 113. An advocatus semper constitui debeat aut possit.

109. *Advocati officium* publicum est et nobile quia iustitiae administrandae, quae fundamentum est regnorum, sua opera proxime inservit (1). Exinde patroni obligationes pergraves

(1) Advocatorum munus *publicum* est eatenus, quia interest directe reipublicae, hoc munus rite obiri absque fraude et imperitia, et hac de causa non omnes, sine delectu, ad tale munus admittuntur, sed ii tantum quos idoneos esse constat. Sed in casu speciali, *auctoritas* qua pollet advocatus, est *privata* emanans ex voluntate litigantis. — Pro ea parte qua advocatorum munus ad bonum *publicum* spectat et hinc *publicum* dici potest pulchre laudatur in *l. 14, Cod. De Adv. div. iud.;* dicitur enim: « *Advocati qui dirimunt ambigua fata causarum suaeque defensionis vi-*

sunt. Ut suo muneri satisfaciat, tum bono publico seu iustitiae, tum clientis utilitati inserviens, haec servare debet:

1) ne iustitiam laedat, eas causas tantummodo defendendas suscipere debet, quae saltem *probabiliter* iuri innituntur et semel susceptas ea patrocinari debet diligentia et mediorum honestate ut ius partis fideliter et legitime protueatur:

2) ne clientem vero decipiat, eas causas defendendas assumere non debet quae etsi iustae sint, tamen de facto omnibus perpensis, puta ob defectum probationum, ad certum malum exitum evasurae sunt. Advocatus de hac *facti* conditione clientem certiorem faciat (1); si cliens vero his non obstantibus suo iure fretus, iudicium experiri velit, poterit advocatus causam defendere ob iustitiam causae *intrinsecam.* — Suscepta semel causa, hanc deserere amplius non potest, invito legitime cliente, excepto casu quo causam iniustam esse detegatur. — Praeterea si causa postulet, religiosissime silentium seu secretum de commisso negotio servandum est. — Cf. Pirhing *tit. De post. n. 22*, Schmalzgrueber *eod. tit. n. 15 seq.* et Devoti *Ius eccl. eod. tit.* § *4.*

110. Advocatus non quia tuetur iustitiam, quod est munus nullo pretio aestimabile, sed quia clienti operam praebet, sui laboris mercedem pacisci potest; et hinc merces, ut sit ho-

ribus, in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi quam si praeliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos qui gladiis, clypeis et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos; militant namque causarum patroni qui gloriosae vocis confisi munimine laborantium spem, vitam et posteros defendunt ».

(1) Lessius *(De Iust. et Iur. Lib. 2, c. 31, dubit. 8, n. 48)* docet: « Quando (advocatus) tuetur causam quam advertit esse iniquam, tenetur ad restitutionem omnium damnorum, quae parti obveniunt ratione illius patrocinii et expensarum factarum et eorum omnium quae per litem amisit ».

nesta, praestito labori, non muneri proportionari debet, ne, ut loquitur *lex « Quisque vult » C. tit. De Past. « ad turpe compendium, stipemque deformem haec arripiatur occasio ».* — Ad turpem quaestum evitandum solent apud tribunalia haberi certae determinatae taxae pro singulis actibus advocatorum. Cfr. *Editto Card. Gamberini (de honorariis adv.)* § *452.*

111. At moribus introductum est passim ut non reprobentur privatae pactiones, dummodo quantitati et qualitati operis et laboris impensi in causa sint accommodatae. Nonnulla pacta specialia reprobari solent.

1) Pactum *de palmario* (nempe *victoriae* gratia initum) seu de extraordinario aliquo emolumento ultra salarium in casu victoriae advocato solvendo, proscribitur. Ratio reprobationis adest in periculo ne advocatus ob victoriae extraordinarium emolumentum incitetur ad dolos, fraudes et ad alia illicita media adhibenda: nec non timendum est ne improbe clientem adurgeat, ei causam disperatam omnium difficillimam retrahens, ut eumdem inducat ad paciscendum de *palmario.* Sed si *palmarium* debitis limitibus contineatur, est quaedam species salarii quod absolute non videtur reprobandum. Cf. Smalzg. *tit. De post. n. 13.*

2) Pactum *de quota litis*, seu de certa parte rei in iudicio controversae in casu victoriae advocato tribuenda, item prohibetur. — Hoc pactum antiquis romanis legibus et nostris fuit interdictum, - *arg. l. l. 53, De pactis ff., et Salarium ff. Mandati,* praecipue ob immodicitatem istorum pactorum.

3) Advocatis prohibetur *redemptio*, idest, emptio alienarum litium, pretio videlicet intercedente; ex *l. Per diversas C. Mandati.* — Ratio est, ne actionis iudicialis turpe fiat commercium. Advocatus enim tricarum iudicialium expertissimus, omnia experiretur ut malae causae, parvo pretio emptae, triumphum agerent. Inde fluit, prohibitum non esse cedere alicui, etsi advocato, causas sive actiones, quando fiat ex aliqua obligatione, puta ex testamento, vel cedere causas omnino liquidas, ex. gr.

cedere creditum quod ipse debitor confessus est. At haec pacta non *taxative* sed *demonstrative* prohibita sunt; et iuris intentio est in genere, sub quocumque nomine et pacto, fraudes a tanto munere arcere (1).

112. Quas obligationes ut servent advocati, nec non ut iura sibi competentia custodiantur, mos est ut in ipso advocatorum ordine adsint quidam *electi* ad curandam munerum et iurium singulorum rectam observantiam, vulgo nuncupati « *consiglio di disciplina* ». Cf. *Editto Card. Gamberini* § *239.* Idem servatur passim in codicibus hodiernis hac de re confectis.

113. Iure can. principium generale est, partibus integrum usque esse per advocatum sua iura tueri, at has non teneri constituere advocatum et per se ipsas se defendere et in iudicio respondere posse. A iudice vero, *ex officio,* advocatum idoneum assignandum esse parti, quae ob imperitiam vel ob malitiam et potentiam adversarii agere et se defendere in iudicio non valeat. — Non obstat *caput 14, De iud. X* (II-1) quo edicitur ut partes « *non per advocatos sed per se ipsas factum proponant* ». Nam ibi reapse non de advocatis sed de procuratoribus sermo est, seu advocati nomen improprie sumitur.

(1) Olim advocatus *iuramentum* in exordio litis praestare debuit de suo munere rite obeundo ex *l. 14* § *1 Cod. De iudic.* — Hodie hoc tantum servari solet quoad *Defensorem mat. ex officio.*

CAPUT V.

DE PROCURATORIBUS.

Huc referatur Tit. 38, Lib. I, X.

Summarium. — 114. Procuratoris est, vi mandati, substituere mandantem ad actus iudiciales ponendos. — 115. Procuratorum species desumuntur a specie negotiorum ad quae constituuntur. — 116. Etiam a modo quo constituuntur, nempe per mandatum *generale* aut *speciale*. — 117. Iure can. procurator semper constitui potest, ordinarie etiam in causis criminalibus. — 118. At iudex eccl. aliquando partes iubere potest ut aliquem saltem processus actum, personaliter ponant. — 119. Iure vero communi non praescribitur procuratoris constitutio. — 120. Nonnullis in causis procurator constitui debet mandato *speciali*. — 121. Explicatur quaenam sint clausulae mandato *speciali* aequivalentes. — 122. Iure can. non requiritur mandatum *scriptum* et aliquando admittitur *praesumptum*. — 123. Recensentur casus, in quibus mandatum habetur *praesumptum*.

114. Quodnam sit procuratoris officium iam delineavimus et distinximus ab officio advocati. Siquidem procurator repraesentat et personam substituit actoris sive rei; advocatus vero alterutri ex his personis consilio et peroratione adest. Ipsa nominis *procuratoris* etymologia sonat, *pro alio curatorem*, et iuxta *l. Procurator 1 ff. De procurat.* definitur procurator « *qui aliena negotia mandato domini administrat* ».

Attendantur 1) verba *aliena negotia*, exprimentia materiam officii procuratorii, et nemo in *rebus propriis* procuratorem agit. Tamen aliquando quis dicitur *procurator in rem suam*, quando alienas actiones, sibi cessas, experitur in suam

utilitatem; prouti explicavimus in *not. 1, pag. 131.* — *Procuratorem in rem suam* nominat Bonif. VIII, in *c. c. 1 et 6 - tit. De procurat. in 6* (I-19).

2) Verbis *mandato domini* significatur, mandati contractum intercedere inter dominum et procuratorem; ita ut procurator *ex mandato* desumat propriam potestatem, et *mandati actione* teneatur, si quid fraude aut dolo egerit. Revera procurator, qui actorem sive reum repraesentat, *mandato* saltem *praesumpto* constituatur necesse est. Advocatus autem adiuvans actorem sive reum, ipsis quoque nolentibus vel contradicentibus, suum officium impertiri potest; id est nullo extante mandato vel tacito, adeo ut nonnisi de damno iniuste illato, postea respondere debeat.

115. Quum procurator ex mandato habeat facultatem repraesentandi in aliquo negotio mandantem, hinc tot sunt procuratorum quot negotiorum species. Quocirca ob potissimam negotiorum distinctionem dispescitur procuratorum munus, ut procurator sit ad negotia vel *iudicialia*, vel *extraiudicialia.* Pro instituto nostro, de negotiis iudicialibus et consequenter de procuratoribus ad *negotia iudicialia* seu *ad lites* nobis potissimum agendum est. — Attamen fere universam de procuratoribus tractationem exponemus, quippe mandatum procuratorium *ad lites* ea omnia pene comprehendit, quae requiruntur ad mandatum extraiudiciale. — Peculiaria vero negotia extraiudicialia quae vel respuunt procuratores vel admittunt cum certis conditionibus, in propriis tractatibus congrue addiscuntur.

116. Uti qualitas mandati procuratorii desumitur ex specie negotii commissi, ita quantitas seu vis mandati determinatur ex verbis mandati, videlicet ex voluntate mandantis. Hinc dicitur mandatum generale quod respicit negotia tum iudicialia tum extraiudicialia, et mandatum etiam *ad lites* censetur *generale*, si extendatur ad omnes lites praesentes et futuras. E

contra mandatum dicitur *speciale*, quod unum tantum negotium iudiciale vel etiam unum tantum actum processualem respiciat.

Quum potestas de facto procuratori concessa desumenda sit ex verbis mandati, ad auferendas quamplurimas dubietates adhibentur certae formulae in usu apud tribunalia, quaeque leguntur collectae *in formulariis* (1) et nonnulla verba sunt veluti solemnia quibus, iure consuetudinario, certa adnectitur significatio. Ita in mandato generali, quando latissima velit concedi potestas procuratori, adhibetur clausula *cum libera* vel *ut alter ego*, quae clausulae operantur ut possit procurator, in omnibus negotiis mandantem repraesentare, exceptis uno vel altero graviore casu. Proinde in istis mandatis procuratoriis exercendis et perpendendis cum primis attendi debet usus forensis; de ipso autem iure communi quaedam statuuntur regulae ad determinandam mandatorum vim.

117. Cui inquisitioni uti satisfiat, primo inquirendum est an de iure communi in omnibus causis procurator constitui possit. — Est principium iuris naturalis traditum in *regula 68 iur. in 6: « potest quis per alium quod potest facere per seipsum »*; quare omnibus in causis procurator constitui potest nisi expresse a iure prohibeatur. Et e contra, nemo cogi potest ad procuratorem constituendum, nisi hoc expresse iubeatur, *arg. cap. 2, h. t. X* (I, 38), et *cap. 1 De iudic. in 6* (II, 1). Iamvero de iure communi in causis civilibus procurator semper constitui potest. Excipiuntur nonnulla negotia extraiudicialia, veluti professio Fidei, Visitatio SS. Liminum ex praescriptione Sixti V: sunt negotia stricte personalia.

Quaestio est quoad *criminales* causas *criminaliter* actas. Si enim agantur *civiliter* nullum dubium adesse potest. Ratio enim dubitandi est, causas criminales definiri aliquando per con-

(1) In appendice huius tractatus aliquod exemplum harum formularum trademus.

demnationem rei ad poenas corporales, quas nec procurator luere valet quasque condemnatus subire refugit, sibi fuga aut alia ratione consulendo ad evadendas manus iudicis. — Iure canonico hodierno nullius momenti videtur difficultas, quia in foro eccl. non dantur poenae capitis et carcerationis quae exigant *personalem* executionem, sed aliae adhibentur *in bonis* condemnati, executionem obtinentes etiam contra contumacem, seu absentem, ut sunt poenae suspensionis, privationis beneficii, exilii, et separationis quoad torum et cohabitationem in crimine adulterii (1); uti cavet Pontifex in *cap. 5 h. tit. De proc. X;* siquidem hae poenae sive praesente sive absente reo semper ad executionem mandari possunt. — Hoc pertinet ad forum Ecclesiasticum; forum vero saeculare quod spectat, sufficiat innuere, hodie amplius non vigere normas processus poenalis iure romano inductas, ob immutatum systema poenale; at firmum permansisse principium, scilicet admitti tunc posse procuratorem, quando et quatenus iudicium aut ipsa condemnatio in cassum exinde non cedant.

118. At ius commune iudici permittit aliquantisper cohibere ius partium agendi aut respondendi per procuratorem. Nam si necessaria sit vel admodum opportuna partium praesentia, iudex decernet ut partes personaliter in iudicio compareant; quamvis procuratores vel advocatos secum adducere, ex hoc, non prohibeantur partes. — Praesertim in causis matrimonialibus de separatione tori et cohabitationis, de matrimonii consummatione vel de valore vinculi, partium praesentia in iudicio facillime necessaria vel peropportuna esse potest: cfr. *c. c. 14 De iud. X* (II, 1); et *2 De iud. in Clem.* (II, 1);

(1) Nimirum quum de adulterio quaeritur, non qua est crimen publica poena mulctandum, et haec mixti fori est causa, quam hodie fere ubique iudex laicus solet praeoccupare; sed quando de adulterio in foro eccl. agitur, ad ius comprobandum in parte innocente pro tori et cohabitationis dissolvenda consuetudine.

et *2 De V. Sig. in Clem.* (V, 11), et in universum, prae oculis habeatur hoc decretum Inn. IV in cit. *cap. 1, De iud. in 6* (II, 1): « Iuris esse ambiguum non videtur, iudicem delegatum (qui a sede Apostolica mandatum ad hoc non receperit speciale) iubere non posse alterutram partium coram se personaliter in iudicio comparere; *nisi causa fuerit criminalis, vel nisi pro veritate dicenda vel pro iuramento calumniae faciendo, vel alias iuris necessitas partes exegerit coram eo personaliter praesentari* ». Haec *iuris necessitas* quae hic invocatur, explicat quomodo intelligenda sit praescriptio *cap. 14 De iud. X* (II, 1) decernens: « *Non per advocatos sed per se ipsas factum proponant* ». Siquidem nisi aliqua urgeat *iuris necessitas*, semper per alium, nempe per *procuratorem* partes agere vel respondere valent. — Inquam *per procuratorem*, nam in textu citato advocatus assumitur *loco procuratoris;* siquidem partes substituere in iudicio non est advocati *qua talis*, sed procuratoris. — Sed, ut iam explicavimus, nihil prohibet quominus advocati et procuratoris partes ab eodem expleantur in iudicio; et hinc mirum non est, uno tantum nomine, utriusque officii munera comprehendi.

119. Hoc de iure communi canonico. — Ex iure hodierno in codicibus civilibus, uti edictum fuit pro statu civili Pontificio, pro nonnullis causarum generibus, praescripta est regula agendi per procuratores ad faciliorem causarum expeditionem: cf. Gregorii XIV *Regol. Giud.* § *400 seq.* § *541 seq. Editto Gamberini* § *246* (1).

(1) Ius *commune* quod spectat, habetur practica traditae regulae applicatio in *cap. 2 De iud. in 6* (II, 1), ubi edicitur, mulieres non esse trahendas invitas ut personaliter sistant in iudicio, sed, *in casu necessitatis*, iudicem potius has adire debere. — Aliae practicae applicationes eiusdem legis invenientur in saepe cit. *Instruc. Card. Rauscher in* §§ *143, 145, 217, 251*, quoad causas matrimonialos. — Codices hodierni procuratorum operam exquirunt in iudiciis, quia partes, iuris imperitae, materialem or-

120. Quamvis vero ius can. permittat, procuratores constitui omnibus in causis civilibus, tamen pro nonnullis cavet, ut in *generali* mandato quidam casus non praesumantur concessi, nisi expresse nominentur. Huiusmodi sunt causae gravioris momenti. Unde qui habet mandatum generale, non intelligitur procurator ad ea, quae speciali indigent mandato. Non est possibile omnes numerare casus exceptos; recensebimus potiores, hoc criterio prae oculis habito; ius nempe positivum quasdam referre causas atque in his intelligi comprehensos casus aeque graves aut expressis graviores: en nonnulla exempla (1).

1) In cap. *Qui ad agendum 4 in 6* (I, 19) tres enumerantur casus: « *Procurator quoque absque speciali mandato*

dinem iudicii prosequi nesciunt et hinc iustitiae administrationem reddunt difficiliorem. — Ius canonic. tamen hoc non praescripsit, ut eam simplicem iudiciorum ordinationem servaret magis accommodam causis ecclesiasticis et spiritualibus, magisque facilem et liberam. — Codex cit. Gregorianus in cit. art. 400 decernit: « *Nemo agere aut se defendere valet in iudicio nisi per approbatum procuratorem: haec regula non se extendit ad iudicia agitata apud Gubernatores aut tribunalia commercii* ». Haec postrema limitatio satis explicat requiri procuratores, ut iudicia maioris ponderis expedite procedant. — In processu quoque ecclesiastico in causis beatificationis et canonizationis requiritur procuratoris constitutio, prouti docet Bened. XIV, *De beatificatione serv. Dei et canoniz. etc. Lib. I cap. 19, n. 11*, referens: « *Porro in sacrorum rituum Congregatione minime leguntur memorialia sive scripturae spectantes ad causas Beatificationum et Canonizationum nisi sint a Procuratore subscriptae; iuxta decretum editum die 18 Martii 1679 quod fuit innovatum et confirmatum die 31 Aug. 1680* ». Item in causis agitatis coram S. Cong. Concil. *iuris ordine servato*, ex eius Decreto *anni 1847*, § *2*, procuratores exquiruntur partes in iudicio repraesentantes.

(1) Durandus in *Speculo*, *tit. De procurat.*, § *1*, *n. 4*, viginti quatuor tales allegat casus; et alii canonistae numero plures etiam recensent: sed adverti debet ius positivum casus certos non determinasse; hinc casus recensiti habendi sunt uti exemplum similium causarum, quippe, uti loquuntur canonistae, non *taxative* sed *demonstrative* propositi sunt in iure.

iuramentum deferre transigere vel pacisci non potest ». — Quare in generali mandato casus intelliguntur excepti, qui alienationem important vel importare possunt. Hinc ex *cap. 9 De arbit. X* (I, 43) ad compromittendum in arbitros speciale requiritur mandatum.

2) *Ex Clem. 2 De procur.* (I, 10) speciale exigitur mandatum ad iurandum pro parte mandante; *et ex cit. cap. Qui ad agendum, De proc. in 6,* ad deferendum adversae parti iuramentum, litis decisorium. Nam iuramentum proferendum est ex scientia et mandantis conscientia, qui proinde pro singulo speciali casu omnia sedulo pensare debet.

3) *Ex cit. Clem. 2 De procur.* ad opponendum crimen vel defectum contra personam *electi* vel *provisi* de beneficio, *generale* non sufficit mandatum: « cum (ait Pontifex) sub generalitate tali graviora non veniant, vel maiora quam in ipso procuratorio sint expressa ». Revera grave est quem de crimine accusare ut a beneficio prohibeatur.

4) *Ex cap. ult. tit. De proc. in 6* (I, 19) procurator speciali constituitur mandato ad matrimonium contrahendum et causam matrimonialem agendam. — Reiffenstuel, *ad tit. De proc. n. 96* contradicit, quoad causas matrimoniales, quia *cap. cit.* loquitur tantummodo de mat. contrahendo, non de causis matrimonialibus. Sed necessitas mandati specialis repetitur ex gravitate causae, uti decernit idem cit. caput: « *propter magnum quod ex facto tam arduo posset periculum imminere* »; unde matrimoniales causae quibus de valore matrimonii res est, mandatum expostulant speciale, cf. Pirhing *in tit. De procur. n. 60.* — Sententia vero Reiffenstuel videtur etiam reprobanda, quia innititur rationi « nullibi in iure reperiri expressum, in his causis mandatum requiri speciale », quum reapse non sit exquirenda iuris expressio *taxativa* sed tantum causae *gravitas.* — Hac de ratione speciale mandatum dandum est procuratori ad tractandas *criminaliter* causas criminales.

5) Glossa, *in cit. cap. 4 De proc. in 6*, referens iurisprudentiae et Doctorum communia placita, notat requiri speciale mandatum,

a) ad petendam *restitutionem in integrum*,

b) ad impetrandum rescriptum,

c) ad debitum remittendum et fideiubendum,

d) ad beneficiorum aliorumque iurium renunciationem,

e) ad possessionem canonicatus vel alterius beneficii capessendam,

f) ad beneficii collationem vel praesentationem faciendam ratione iuris patronatus,

g) ad petendam absolutionem ab excommunicatione.

121. Praeterea ius Canonicum cavet, quod ad demandandas has causas non sufficit in mandato generali ponere clausulam, qua dicatur procuratorem constitutum esse ad omnes causas, etiam ad eas quae *mandato speciali indigent:* evincitur ex *cap. 4 Qui ad agendum, De proc. in 6.* Namque, attenta illarum causarum gravitate, nimis generale est mandatum etiam hac clausula instructum; praesumitur vero mandans non sufficienter advertisse singulorum casuum naturam; iuxta regulam 81 *De reg. iur. in 6:* « *in generali concessione non veniunt ea quae quis verosimiliter non esset in specie concessurus* ». Hoc sensu, postea in cit. cap. Bonif. VIII decernit: « *sed si aliquis vel aliqui de articulis speciale mandatum exigentibus specificati fuissent, adiecta clausula generali, tunc ad non expressos etiam admittetur* ». Canonistae sequuti legis spiritum et intentionem, interpretantur ea verba « tunc ad non expressos etiam admittetur », ut comprehendantur alia negotia non expressa, *minoris* vel *aequalis gravitatis*, non autem illa quae *maioris momenti* sunt. Hoc confirmatur capite *Sedes 15 De rescript. X* (I, 3) et *Clement. cit. 2 - De procur.*, quibus diserte edicitur, mandatum procuratorium generale non extendi ad negotia, expressis maiora. Quaenam vero graviores, quae-

nam leviores causae habendae sint, iudex omnibus perpensis decernet.

Ipse Bonif. VIII *in* § *ult. cit. cap. 4* disponit, quod si alicui concessa sit *plena* et *libera administratio* negotiorum, quae concedi solet sub clausula *cum libera* vel *ut alter ego*, praesumantur mandati etiam casus aliunde speciale mandatum requirentes, quales sunt *iuramentum deferre, transigere, compromittere in arbitros, exigere credita, solvere debita, permutare, alienare.* Ratio repetenda est a natura *administrationis liberae*, exposcentis tractationem istorum negotiorum; unde ea tantum excluduntur simplicem administrationem excedentia, qualia sunt *causae matrimoniales, donationes* et huiusmodi; cf. *l. l. 58 et 59 ff. De procuratoribus, et 7 ff. De donationibus.* — *In cap. 5 in 6 De procurat.* (I, 19) statuitur procuratorem *ad negotia* constitutum, non solum ad extraiudicialia, sed ad iudicialia intelligi constitutum; nam ait Pontifex: « *Qui generaliter* constituitur ad negotia procurator, AGERE et EXPERIRI potest, exceptis his casibus qui mandatum exigunt speciale ».

Procurator *ad lites* constitutus potest *agere* et *respondere;* imo si constitutus sit tantummodo *ad agendum*, poterit et respondere seu etiam rei partes obire ad defendendum mandantem; quia *accessorium (reg. 42, iur. in 6)* sequitur *principale.* At est praesumptio iuris, cedens veritati seu voluntati mandantis aliter expressae; ut ecce si reus exclusive constituat procuratorem ad agendum, tunc patet eius voluntas in illa causa aut per se aut per alium se defendendi.

122. Re quidem vera, iure can. non exigitur mandatum *scriptis* datum, sed sufficit expressio quocumque modo facta voluntatis mandantis, manifestata mandatario praesenti vel absenti, dummodo probari hoc possit in iudicio. Quare admittitur etiam mandatum procuratorium *praesumptum.* At ob negotii gravitatem melius sane est, scripto uti mandato, omnes limites, con-

ditiones, adminicula exprimente, ut suadent *c. c. 1 h. t. X* (I, 38) et *1 h. t. in Clem.* (I, 10). — Hinc hodierno iure civili non solet admitti mandatum nisi scriptum, a notario exaratum in publicam formam, ut dubia praecaveantur et fraudes in exercitio mandati procuratorii (1).

123. Quocirca de iure communi supervacaneum est inquirere, quomodo possit suppleri scriptura; quum cautum sit quamcumque sufficere voluntatis expressionem vel significationem, quae aliquo canonicae probationis medio in iudicio constare possit. Namque iure can. admittitur etiam mandatum praesumptum, quia praesumptio, ut suo loco explicabimus, est species legitimae probationis. — Quare non suffragatur praesumptio iis tantum in casibus, quibus ius exigit mandatum *expressum* seu *speciale;* secus invocari potest.

1) Ita si quis agat pro coniunctis personis usque ad quartum gradum, ob arctam sanguinis et negotiorum communionem, sufficere praesumptum mandatum, evincunt DD. *ex cap. 28*, § *fin. De rescriptis X* (I, 3).

2) Item quando agitur pro consortibus eiusdem litis: nam ad invicem, alterum alter etiam absque mandato, in iudicio repraesentare potest: *l. commune 2 c. De cons. eius lit.*

3) Si dominus principalis sciat aliquem suo nomine agere et non contradicat, praesumitur mandasse; item in casu quo ei tradiderit instrumenta, quae proferat, *ex cap. 34 De off. iud. del. X* (I, 29).

4) Denique DD., uti videre est apud Schmalzgrueber, *tit. De proc. n. 25*, conveniunt, mandatum semper praesumi ex

(1) Quare in mandato diligenter mandati limites et qualitates exprimi debent, facta mentione causae, alterius partis contendentis et iudicis apud quem agendum sit; nec non loci, anni, mensis, diei, nam « *actus sine die et consule nulla iuris auctoritate innititur* ». — Praeterea mandatum a notario et a mandante seu a testibus subscribi debet, cf. *cap. 9 h. t. X*.

parte *rei* qui defensione indiget, quia *naturalis ratio simul et civilis suadet alterius conditionem etiam ignorantis per alterum fieri meliorem posse*, ex *l. Solvendo 39 ff. De neg. gest.*; et etiam « *quia publice interest absentes etiam ignorantes per quemcumque defendi, ne ignari patiantur damnum* » *l. Servum 33 ff. De procurat.*

Ad fraudes praecavendas quae faciliter exoriri possunt ex *mandato praesumpto*, expostulantur cautiones dandae a praesumpto procuratore. — Sane ab eo qui ita admittitur ad defendendum reum, exposcitur *satisdatio de iudicato solvendo*, seu quod ipse respondeat iudici et alteri parti pro reo, etiam quoad rem praestandam in executione iudicii, casu quo conventus seu dominus, sententiae parere recuset. — Qui vero ad *agendum* admittitur, nimirum ex praesumpto actoris mandato, *de rato cavere debet*, seu spondere *principalem dominum totum id ratum habiturum esse quod in iudicio a se geritur* (1).

Proinde dominus principalis sive actor sive reus ea quae gesta sunt a procuratore vel ex mandato *expresso* vel *praesumpto*, debet *rata* habere, vel *praestare*, et ea tantummodo pro non gestis habere potest, quae vel a falso procuratore, vel a procuratore revocato vel a procuratore fines mandati excedente gesta sunt. Contra taliter gesta opponitur *exceptio falsi*

(1) Quia reus in iudicio, necessario ab actore convenitur, et hinc defensione indiget, ne opprimatur ab actoris instantia, procurator facile admittitur *ex mandato praesumpto*, etiam *invito actore*, ad defendendum conventum, dummodo satisdet *de iudicato solvendo* et aliunde idoneus sit. — Ea contra quum *nemo invitus agere cogatur*, non admittitur facile procurator *ad agendum* sine mandato expresso, etsi *caveat de rato*. *Praesumptum* vero mandatum ad agendum, attenditur, si vehemens adsit ratio praesumendi mandantis voluntatem, utputa quando agitur de personis arcte coniunctis cum praesumpto procuratore, cf. *c. 1, h. t. X*, et *l. l. 35, 40*, § *2, 76, ff. h. t.*

procuratoris, arg. cap. 4 In nostra De proc. X (I, 38) et hac obiecta, vel ante vel post sententiam, omnia per huiusmodi procuratorem acta, a iudice rescinduntur. — Excipere autem contra talem procuratorem competit non tantum domino principali, sed etiam adversario seu alteri parti in iudicio contendenti, cuius interest invigilare ut iudicium recte absolvatur; cf. *l. 24 cod. De procurat.;* et Reiffenstuel, *in h. tit. n. 147 seq.*

Verum si nec dominus, nempe falsi procuratoris, neque adversarius contra huiusmodi procuratorem excipiant, utputa quia hactenus gesta neutri displicent, rata erunt haec acta, nempe *per ratihabitionem*. Nam ex nota *regula 10 iuris in 6* « *ratihabitio retrotrahitur et mandato aequiparatur* », uti habet *l. Licet verum 56, ff. De iud.:* « *Et si quis cum procurator non esset, litem contestatus sit, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta* ». — Dummodo, et planum est, in falso procuratore non defecerit nisi *mandatum*, secus si aliunde non erat idoneus. — Nam *ratihabitio* aequivalet *mandato*, sed alios non sanat defectus: cf. Reiffenstuel, *l. c. n. 150.*

§ *1. De potestate et officio procuratoris.*

Summarium. — 124. Quanta sit procuratoris potestas. — 125. An hic male agendo vel aliquid omittendo noceat domino. — 126. Tum mandans tum procurator fiunt indemnes per actionem vel *directam* vel *contrariam* mandati. — 127. De officio procuratoris. — 128. An hic post sententiam *definitivam*, appellationem interponere debeat eamque prosequi.

124. Natura mandati procuratorii ita explicata, nunc de eius potestate et officio disserendum est. Primum, in aperto est procuratorem tantam potestatem habere, quanta ei conceditur in mandato, eamque exercere debere, prouti in mandato exprimitur, et ut habet *l. Diligenter ff. Mandati:* « Diligenter fines

mandati custodiendi sunt, nam qui excessit aliud quid facere videtur ». Mandans vero ex hac potestate procuratori concessa debet ratum habere, quod ab eodem vi mandati agitur; iuxta *reg. 72 in 6:* « Qui facit per alium, perinde est ac si faciat per seipsum ».

125. Quum procurator agat nomine mandantis, quaeritur an male agendo vel aliquid omittendo noceat domino? Ita reponendum:

a) si procurator excedat fines mandati, certe non nocet domino, quia amplius eius nomine non agit.

b) Servatis vero mandati limitibus, culpa procuratoris iudicium legitime prosequi negligentis, nocet domino, qui sibi imputare debet si talem procuratorem elegit, *ex c. c. 2*, § *Nos igitur, De integ. rest. X* (I, 41) *et 7 De caus. posses. et propriet. X* (I, 62).

c) Quando autem dolus vel fraus procuratoris constituant delictum, veluti si procurator *falsum* fecerit in scripturis vel iudicem spernat aut contumeliis afficiat, tunc *poena* vel *mulcta* tenet tantum procuratorem; nam « *non debet aliquis alterius odio praegravari* » *ex reg. 22 iuris in 6*, et hoc sensu loquitur *lex un.* § *Si procurator, ff. Si quis ius dicenti* - statuens: « *Si procurator tuus vel tutor vel curator ius dicenti non obtemperaverit hoc Edicto, ipse punitur, non dominus vel pupillus* ». — Sed ex tali dolo vel negligentia possunt exoriri effectus domino nocentes; ut ecce si procurator, prolatis falsis, omiserit veras probationes proferre, vel spernens iudicis decreta, se contumacem in iudicio exhibuerit, certe nocet domino.

126. Verum ad hoc repellendum damnum, est domino seu mandanti comparatum remedium. Nam ex mandato procuratorio duplex nascitur actio; altera nempe *directa* favore mandantis; altera *contraria* favore procuratoris. Per *directam* actionem mandans obtinet ut procurator,

a) de omnibus gestis rationem reddat,

b) ut sibi restituat quidquid occasione iudicii ad illum pervenit,

c) ut compenset omne damnum ex sua culpa aut dolo mandanti illatum. Quod si procurator solvendo non sit, mandanti ex aequitate conceditur *in integrum restitutio*, seu facultas iterum de re iudicata litigandi; Gloss. *in c. Cum venissent 2, De in integ. rest. X* (I, 41) V. *restituimus*; atque ita *DD. communiter.*

Mandati actio *contraria* competit procuratori, qua repetit a domino principali omnes expensas, occasione mandati, bona fide, non ex sua culpa factas: *cap. 6 De procurat. X*, etsi negotium absque sua culpa malum habuerit exitum. Proinde non repetit expensas quas fecit, excedens limites mandati, quasve in poenam suae fraudis facere coactus est. — Item, *actione mandati contraria* repetit salarium aut honorarium, quod procuratorem agenti nunc solet competere, quamvis mandatum procuratorium naturâ suâ gratuitum sit; nam *mandatum nisi gratuitum sit, nullum est,* ut habetur *l. 1, ff. Mandati.* — Hinc si quis mandatum procuratoris suscipiens explicite de mercede pactum ineat, potius *operarum* locationem quam *mandatum* paciscitur, et nomine *locati* agere deberet. Perseverat autem natura mandati si procuratori quasi *ex post facto* honorarium rependatur, moribus communibus vel lege procuratorio muneri constitutum. — Item siquis procurator est ex mandato, *praesumpto*, expensas, occasione sui muneris, bona fide factas repetit, etsi negotium non successerit, nec non congruum honorarium, *quippe iniquum est officium suum damnosum cuique esse; arg. l. 7, ff. Test. quem. adaperiant.*, dummodo tamen negotium susceperit et eo modo gesserit, quo ita gestum fere semper bonum exitum habere solet: cf. Pirhing, *De proc. n. 85 seq.*, et *Editio Card. Gamberini* § *464 seq.*

127. Nunc de *officio* procuratoris. Cum primis mandato procuratorio nonnullae conditiones adiici possunt ab ipso mandante, quippe mandatum concedere potest in certum diem, vel sub

conditione vel in perpetuum, cf. *l. l. 3, 4, ff. De procurat.*, et uni aut pluribus simul procuratoribus.

Quando plures constituuntur, *simul et simpliciter*, non adiecta clausula *in solidum*, tunc unus sine alio procedere non potest; *ex cap. 6 h. t. in 6* (I, 19). Vel plures simul *in solidum* constituuntur, et *tunc illius melior est conditio, qui per litis contestationem negotium primitus occupavit;* uti decernit *cit. cap. 6 in 6.* — Inquam *simul* constituuntur *in solidum* vel *simpliciter*, quia si diverso tempore deputentur, *dato posteriori, prioris esset procuratio revocata*, ait *cap. 14 De procur. X* (I, 38). — Praeterea, ob favorem causarum spiritualium in *cap. cit. 6, De proc. in 6, § 2*, decernitur, ex pluribus procuratoribus *simpliciter* constitutis, debere iudicem unum eligere magis idoneum, qui solus prosequi in negotio possit; alio non admisso, nisi primus legitime a iudicio prosequendo impediatur.

Procuratoris vero est, cum primis, suum probare mandatum sive per *scripturam* sive per *testes* sive per *praesumptionem;* et in casibus supra expositis debet cavere vel *de iudicato solvendo* vel *de rato.* — In iudicium admissus litem introducere seu contestari debet, et lite contestata, fit *dominus litis*, prouti edicit Bonif. VIII in *cit. cap. 1, § 1, De proc. in 6.* — Quod procurator *fiat dominus litis*, significat ex iure rom. procuratorem ita in se suscipere litem, ut iudex cum ipso actus processus ordinare debeat et ipsam sententiam regulariter in procuratorem ferre, *quamvis executio fieri* debeat in bonis domini. Sed in iure can. istae iuris romani subtilitates disparuerunt, unde praescriptio referendi ipsam iudicii sententiam in procuratorem, quasi litis dominum, omnino non viget. Imo pluribus in casibus non est possibile, veluti in causis matrimonialibus, beneficialibus et spiritualibus. Cf. Reiffenstuel, *in tit. De proc. n. 117* et cl. De Angelis *eod. tit. n. 7.*

Deinde Bonif. VIII *in cit. cap.* § *1* statuit procuratorem post litem contestatam, utpote *dominum litis*, posse alium procurato-

rem sibi substituere, sed dumtaxat *post litem contestatam*, nisi dominus principalis ei expresse concesserit in mandato facultatem substituendi. E contra procurator *extraiudicialis*, nisi hoc vetet mandatum, potest semper sibi alium in negotiis extraiudicialibus substituere; ut habet idem Pontifex in § *2 cit. cap.*: « *Procurator vero datus ad negotia* (extraiud.) *potest libere quandocumque alium deputare* ». — In negotiis iudicialibus procuratori venia conceditur alium substituendi post litem contestatam, quia reapse, per litis contestationem, negotium inchoatur iudiciale. Quare ex litis contestatione hodie non oritur *dominium litis* sensu iuris romani, sed tamen a lite contestata repetitur initium negotii iudicialis formale, et hoc respondet intentioni Bonifacii VIII.

128. Denique inquiritur an procurator, controversia iudiciali per sententiam definita, debeat etiam ipse interponere appellationem et appellationem prosequi? Advertatur modo sermonem esse de sententia definitiva quae instantiae iudiciali finem ponit, non de sententia *interlocutoria* ad quaestionem incidentem definiendam prolata, quae non terminans iudicium de se, nec procuratoris potest terminare mandatum. Verum, sententiam definitivam quod spectat, advertatur, per hanc absolvi instantiam iudicialem; tamen sententiae ita connexum esse remedium appellationis ut negligere appellationis medium possit aequiparari negligentiae adhibitae in tractando negotio iudiciali; quum non minus peccet qui non curat vitare malum, quam qui negligit malo iam contracto remedium applicare. Inde sequitur procuratoris officium esse, post sententiam definitivam *primo* mandantem interrogare, nisi iam constet eius voluntas, utrum velit appellationem interponere; *secundo*, si hoc fieri non possit, appellationem ponere, ne labatur tempus utile neve sententia irrevocabiliter pertranseat *in rem iudicatam* (1). At idem pro-

(1) In hoc propositum utile est examinare causae disceptationem causaeque definitionem habitam ap. S. C. C. *die 17 Aug 1872*, in quadam controversia « *de iurisdictione parochiali* » cf. *Acta S. Sedis, vol. VII, p. 393*.

curator ad certam iudicialem instantiam constitutus, prosequi non valet appellationem, quae aliud complectitur iudicium: *arg. cap. 14, De procurat. XX* (I, 38).

§ 2. *Quinam procuratores constituere; quinam constitui possint; et quomodo mandatum procuratorium cesset.*

Summarium. — 129. *Omnes, non prohibiti, possunt procuratores constituere.* — 130. *Omnes, non prohibiti, possunt esse procuratores.* — 131. De modis quibus cessat mandatum procuratorium.

129. Declarata natura et effectu mandati procuratorii, nunc facilior haec evadit inquisitio, nempe *quinam procuratores constituere; et quinam constitui possint.*

Quoad primam quaestionem respondendum, « *omnes constituere posse procuratores, qui non reperiuntur prohibiti* ». Est enim usque servanda iuris regula *(68 iur. in 6)* « *potest quis per alium quod potest facere per seipsum* ». Quocirca de aliqua re qui contrahere valent, de eadem per procuratorem disponere possunt. In re nostra, ad lites procuratores constituere prohibentur qui rerum suarum aut alienarum liberam administrationem non habent; seu legitimam non habent personam standi in iudicio. Quare

1) pupilli, minores tutorem vel curatorem habentes; filiifamilias in bonis patris administrationi subiectis (1); hi omnes, respective, vel in tutore vel in curatore vel in patre habent

(1) Nam filiifamilias in bonis suis castrensibus procuratorem libere constituunt, vel ipsi quoad aliena negotia *iudicialia* vel *extraiudicialia* procuratores constitui possunt, etiam invito patre: nullibi enim in iure prohibentur ab hoc munere: cf. *c. c. 14, h. t. X:* et *5, h. t. in 6*, et Reiffenstuel *h. t. n. 44.* — Et si minor, contra praescriptum legis, sibi constituat procuratorem et iste minori mandanti sententiam obtinuerit favorabilem, haec uti valida habenda erit: secus si contraria edita sit sententia.

procuratores seu melius curatores a lege statutos, per quos *agere* et *respondere* debent. — Verum, horum accedente auctoritate, legitime sibi hi omnes procuratorem ad litem constituere valent. — Recolatur dispositio *cap. 3, De iud. in 6* (II, 1) tribuens impuberibus specialem curatorem; et minoribus, etsi filiisfamilias, liberam concedens dispositionem in causas spirituales et dependentes ab eisdem.

2) Ecclesiae habent in administratore seu in rectore legitimum procuratorem tum ad agendum tum ad respondendum. Isti Ecclesiarum earumque bonorum administratores, non secus ac alii rerum alienarum liberi administratores, possunt procuratorem constituere, quatenus libera potiantur administratione. Siquidem plures fiunt vel fieri possunt limitationes eorum administrationi, et in istis casibus, uti indigent alterius consensu ut faciant per se, indigent magis ut per alios faciant.

3) Excommunicati vitandi ab agendo, ut iam vidimus, prohibiti, procuratorem constituere non possunt; possunt vero ad defendendum constituere, imo, ordinarie, iuxta dicta, debent. — Excommunicati tolerati valent et ad agendum procuratorem constituere, qui tamen *exceptione* repelli potest, non secus ac dominus principalis.

In *cap. ult. De proc. X* (I, 38) fit quaestio an communitas seu universitas, cuius maiores, quorum consilio regitur, tempore constituti procuratoris, excommunicationis sententia innodati erant, valide procuratorem constituerit. — In propositum repeti debet principium iam explicatum, nempe non singulos religiosos, sed religiosorum universitatem seu conventum personam habere

Diversae consequentiae ratio continetur in *l. Non eo minus, Cod. h. t.*: « *Minoribus enim aetas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit* ». Hoc exposcit favor quo fruitur minorum aetas; et huic favori innititur remedium extraordinarium *restitutionis in integrum*. — Caeterum minores iam puberes, sane contrahere valent et hinc validum inire mandatum procuratorium.

legitimam standi in iudicio per suum praelatum seu procuratorem ad lites. — Proinde in *lib. I, X, titulus 39* inscribitur *De syndico* seu *de procuratore generali*, maxime ad lites constituto a religiosorum communitate, quia, ut loquitur *cap. unic. cit. tit. De syndico*, « *expedit.... a strepitu causarum servos Dei esse quietos* ». Hoc supposito, quaestioni Gregorius IX reponit in *cit. cap. ult. De procurat.*, nempe (1) mandatum procuratorium valere, dummodo excommunicati nullam habuerint partem in eius concessione: id est, nec in mandato nominentur neque proprium dederint votum ad procuratorem constituendum.

130. Quinam vero procuratores constitui possunt? — Respondet Bonif. VIII, *cap. Non indiscrete 1, De procurat. in 6* (I, 19): « *Cum regulariter qui non prohibetur expresse, ad exercendum procurationis officium idoneus debeat reputari* (2) ».

1) Iure can., prouti advertit ipse Pontifex in *cit. cap.*, non prohibentur laici, quia canones hos non excludunt neque quoad causas spirituales. — Namque officium procuratorium non exposcit exercitium iurisdictionis, cuius laici incapaces sunt, sed nudum ministerium *in iudicialibus*. Item in extraiudicialibus, dummodo laicus agat qua executor necessarius mandati alterius, non uti dominus principalis; uti docet Reiffenstuel *tit. De procurat. n. 45*, interpretatus *caput 56, De elect. X* (I, 6).

(1) Quare si tituli indoles perpendatur, huiusmodi procurator generalis, sive *Syndicus*, saecularis vir esse debet, seu non electus e gremio religiosorum. Verum iure hodierno quo utimur apud curiam romanam, solet quaelibet religiosorum universitas suum habere *procuratorem generalem*. Quocirca quoad forum eccl. non amplius servatur dispositio iuris Decretalium. Haec plane servanda esset, si ageretur causa monasterii apud iudicem laicum: cf. Bouix, *De iud. p. 224.*

(2) Procurator debet constitui *certus*, adeo ut deputatio personae incertae non valeat. Unde si quis constituat procuratorem Caium, et ipsius Caii haeredes, quoad hos mandatum nullius est valoris: cf. Reiffenstuel, *h. t. n. 56.*

2) Clerici, qui a munere advocati, multo magis a procuratoris officio prohibentur. At *in curiis eccl.* clerici hodie admittuntur: cf. n. 107 p. 137.

3) Religiosi item prohibentur, nisi licentiam superioris obtinuerint, et nisi, ut ait Clem. II *Tit. de procurat.* (I, 10), « *pro suo in eadem lite consorte* » agat Religiosus. Tunc enim magis pro se ipso agere videtur quam procuratorio nomine.

4) Prohibentur *infames; arg. can. Infamis caus. 3, 9, 7.* Iure romano non videntur prohibiti: at dedecet forum eccl. hos admittere; cf. Reiffenstuel *l. c. n. 50.*

5) Minores *annis 25,* ex *cap. 5,* § *ult. De proc. in 6* (I, 19) *ad iudicia* procuratores esse non possunt, « licet, ait Pontifex, quis post 17 annum procurator *ad negotia* licite deputetur ». Sane, gravius est negotium iudiciale, adeo ut iure speciali ad munus procuratorium exercendum requiratur passim apud tribunalia specialis idoneitas et idoneitatis experimentum. Praeterea quod *nobile* et *publicum* (1) evaserit iudicialis

(1) *Publicum* dicimus officium procuratoris, quia, prouti innuimus in not. *pag. 141*, respublica a procuratoribus expostulat certam idoneitatem, per *publicum* testimonium seu experimentum comprobatam. Tamen eorum *auctoritas,* qua suum exercent munus in peculiari causa, est *privata,* derivans ex mandato procuratorio. — Hac distinctione videtur examussim resolvi quaestio agitata etiam apud iurisconsultos hodiernos, an nempe et quomodo publicum dici debeat officium advocatorum et procuratorum, quorum munus legibus ordinatur et regitur a publica potestate editis; sed in casu peculiari idem munus exercetur per delegationem vel mandatum *privatae* auctoritatis: cf. Mattirolo *op. cit. P. I, Append. al tit. II, n. 595 not. 4.* — Quamobrem hoc munus est undequaque *publicum* quando etiam *mandatum,* quo officium exercetur, a publica auctoritate proficiscitur, prouti fit in Adv. vel Proc. Fiscali; in Adv. vel Proc. pauperum et ita porro. — Apud Romanos vero quia procuratoris officium habitum est omnino *privatum* et hinc *vile,* non recognoscebatur in procuratore alia idoneitas seu qualitas, neque alia auctoritas quam *mandatarii,* in quo ex mandato eligebatur industria personae et certa proveniebat auctoritas ad ipsum explendum

procuratoris officium iam explicavimus. Pro negotiis extraiudicialibus praeter aetatem supra constitutam nulla specialis idoneitas solet requiri.

6) Foeminae, ob decentiam, *regulariter* repelluntur ab officio procuratoris nisi urgeat necessitas, uti si qua esset filii tutrix aut pro aliquo ageret, ex. g. morbo aut aetate laborante qui secus, ab agendo vel respondendo per alium, prohibitus esset (1).

131. Procuratoris officium et potestas, pluribus modis cessat.

1) Cessat *mutuo consensu*, scilicet constituentis et constituti, quia unumquodque eo modo quo colligatum est, potest dissolvi, ex *l. 35 ff. De reg. iur.* — Tamen in negotiis iudicialibus procurator, *lite iam contestata*, iudicium deserere non potest, nisi accedat consensus ipsius adversarii; quocum procurator litem contestando obligationem suscepit non deserendi litem, nisi legitima subsit causa. Hinc ad dissolvendum hunc quasi-

mandatum. — Hinc nemo invitus poterat constitui procurator, ex *l. 17, Cod. h. t.* — Ex iure vero *can.* quo nos utimur, uti debemus distinctione iam tradita. Nempe si procurator nullum habeat *publicum mandatum*, cogi non potest; arg. *cap. 7, h. t. in 6.* — Si vero sit Procurator fiscalis vel Procurator pauperum vel alius procurator, qui operam suam impendere debet certis personis apud tribunal, tunc etiam invitus hic suum munus praestare debet: cf. Pirhing, *h. t. n. 39* et Schmalzgrueber, *h. t. n. 17.*

(1) Quum etiam plures constitui possunt procuratores ex *cap. Si duo 6, De procurat. in 6* (I, 19), constituuntur vel *simultanee* vel *diversis temporibus.* Si diversis temporibus constituantur per constitutionem posterioris censetur prior tacite revocatus; nisi contrarium exprimatur et nisi prior sit *generalis* et posterior *specialis.* Tunc prior removetur solum ab eo *speciali* negotio; et planum est. Si vero *simultanee,* censentur constituti *simpliciter* (non in solidum) seu ut unus non procedat sine altero, nisi adiiciatur clausula *in solidum.* Si - *in solidum* - constituantur, qui prior causam contestatus est, ceteros excludit, et sibi alium substituere valet.

contractum cum parte adversa initum, requiritur eius consensus quem denegare non potest, si legitima adsit causa, quia nemo irrationabiliter invitus esse potest. At existentia causae cognosci deberet a iudice ab eoque controversia definiri per sententiam; cf. Smalzgrueber *tit. De procurat. n. 39.*

2) Cessat *revocatione;* quia cuicumque in re sua consilium mutare permissum est; ast cavet regula *iur. 33 in 6: « Mutare consilium quis non potest in alterius detrimentum ».* Proinde quando res non est amplius *integra,* seu in *iudicialibus* quum procurator litem contestatus sit, et in *extraiudicialibus* reapse negotium inchoaverit, ius litigantis expostulat ut procurator, absque eius consensu, non recedat a iudicio quod cum ipso iniit, litem contestando. — At re *integra* pars adversa revocationi se opponere non valet. Nec ipse procurator contradicere potest, quippe licet etiam invitum revocare, ex *cap. 2 De procurat. in 6* (I, 19). Ne tamen ius naturale laedatur, dominus revocans rationem habeat famae procuratoris et quodcumque damnum non iure illatum reficiat. — Re *non amplius integra* nec procurator ad negotia nec ad lites revocari invitus potest, nisi adsit legitima causa. Decernit Bonif. VIII, in *cap. 2 Quamvis De procurat. in 6:* « Quamvis procurator possit ante litem contestatam, etiam sine causa, libere a domino revocari, postea tamen ipso nolente nequibit; nisi *eum cum domino inimicum fieri aut suspectum aut adversario affinitate coniungi vel eius haeredem fieri aut ingredi Religionem aut in longum peregrinari vel aegritudine aut vinculis detineri contingat »;* aut alia rationabilis causa subsit, propter quam sit merito revocandus.

Mandati revocatio *iudici* aut *adversae* parti communicari debet ut suum habeat exitum, secus enim gesta a procuratore revocato valida erunt. Interest enim partis adversae, ne temere procurator revocetur. Nam si nulla adsit causa, non tenetur in revocationem consentire; si adsit, debet eam probe cognoscere,

ut iuri suo consulat. Sed sufficit revocationem *iudici* vel *parti adversae* nunciare, *arg. c. c. 3 et 4 De procur. X* (I, 38); quia si adversario revocatio nuncietur, hic cum revocato procuratore contendere non potest; si iudici, hic nisi novo constituto procuratore aut ipso domino praesente, iudicium non prosequetur; et de hoc partem certiorem faciet: cf. *cap. 13 De procurat. X* (I, 38).

Haec specialia sunt pro negotiis iudicialibus, *lite iam contestata;* pro negotiis extraiudicialibus certior fieri debet pars, quae contrahere posset cum procuratore quem cognoscit legitime constitutum ad illud negotium. — Praeterea tam in istis casibus quam in omnibus aliis negotiis, sive re integra sive re non amplius integra, revocatio procuratori intimari debet; secus, revocatione non obstante, gesta a procuratore sunt *regulariter* valida. Hoc constituit ius positivum, ne innumerae fraudes fierent occasione mandati procuratorii, *arg. cap. 33, De rescrip. X* (1, 3). — Nihilominus ius ob gravitatem quorumdam negotiorum statuit, aliquando mandatum intelligi revocatum, etiam revocatione non intimata, uti edictum est, ex. g., de mandato ad matrimonium contrahendum ex *cap. ult. De procurat. in 6* (I, 19); item de mandato ad suscipiendum infantem in baptismo, ad acceptandum beneficium, et ad alia id genus negotia expostulantia *consensum verum et perseverantem*, non solum *fictum et legalem*.

Casus habetur mentione dignus in *Clem. unic. De renunciat.* (1, 4), in qua de renunciatione agitur beneficii vel praelaturae facta per procuratorem, cuius mandatum revocatur, sed revocationis nuncium non pervenit ad procuratorem vel ad superiorem renunciationem excipientem; et Clem. V statuit renunciationem valere, « *nisi forte per ipsos aut alios malitiose factum fuerit quo minus ad eas vel eorum alterum ante cessionem potuerit revocatio pervenisse* ».

Revocatio vero fit *expresse* vel *tacite*. Expresse si *verbis* aut *scriptura* fiat revocatio; *tacite, si facto*, ex. gr. si alius

constituatur procurator in locum prioris, vel si dominus ipse incipiat ea facere, quae procuratori demandaverat: cf. *cap. Si quem. 8 De procurat. in 6* (I, 19).

3) Cessat potestas procuratoris, *renunciatione*. Tamen procurator, postquam mandatum suscepit, renunciare non potest, invito domino, prouti invito procuratore dominus eum revocare non potest, *suscepto iam negotio seu re non amplius integra*. Proinde renunciatio admitti debet, dummodo adsint legitimae causae *a iudice*, citata etiam *adversa parte*, examinandae et diiudicandae; *arg. cap. Quamvis 2 De procurat. in 6*.

4) Cessat *expleto mandato;* et iam innuimus quod mandatum ad negotium iudiciale absolvitur, postquam definita sit *instantia iudicialis*. Interponi vero debet appellatio a procuratore; vel dominus tempestive commonendus est de tempore utili ad appellationem interponendam, ne amittatur beneficium appellationis; sed ad hanc prosequendam aliud requiritur mandatum.

5) Cessat morte *constituentis*, re adhuc integra. Incoepto enim negotio, vel lite contestata *in iudicialibus*, officium procuratoris etiam post mortem constituentis, perseverat, (1) *l. inter causas* § *1 ff. Mandati*. — At *in Clem. ult. De procurat.* (I, 10) Pontifex decernit, procuratorem a praelato vel rectore vel quocumque beneficiario pro Ecclesia vel beneficio constitutum per mortem constituentis revocari, etiam *re non amplius integra*. Ratio est, quia factum antecessoris non ligat successorem, *nisi hoc positum sit simul superiore aut altero, cuius interest*,

(1) In *Inst.* Iustin. *Lib. 3*, § *10* declaratur: « *Receptum est, si eo mortuo qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione* ». Item animadversione digna est dispositio quae continetur in saepius *cit. Cod.* Gregorii XVI quoad casum mortis mandantis, re non amplius integra; decernitur enim *art. 193:* « *Quum, lite iam pendente* (seu iam contestata) alteruter contendentium demoriatur vel status mutationem patiatur, lex censet *dominum litis* factum fuisse constitutum procuratorem ».

consentiente aut aliis adhibitis iuris solemnitatibus ad hoc praescriptis. — Hinc si ita constitutus fuerit procurator, *re non amplius integra*, morte beneficiarii vel praelati, non removetur.

6) Morte procuratoris sive res integra sit sive non integra. Nam censetur in procuratore electa industria personae, unde mandatum ad haeredes transire non potest. Cf. Pirhing *tit. De procurat. n. 112*, et *l. 27* § *ff. Mandati* (1).

(1) In Decretalibus Gregorii IX post titulum « *De procuratoribus* » subsequitur titulus « *De syndico* », qui est species procuratoris generalis et definitur: « Procurator qui alicuius universitatis communi mandato causas et lites eiusdem administrat, curat et prosequitur » cfr. Schmalzgr. *tit. De syndico n. 1.* Huiusmodi procuratores habent et ipsi potestatem sibi in mandato commissam, sed aliquando ex necessitate Statutorum ab aliqua universitate eliguntur; quare ea praestare possunt quae in legibus fundationis huiusmodi procuratoribus demandantur. Quia non ex libera mandantis voluntate constituuntur, sed ex dispositione iuris, dicuntur procuratores necessarii. Hac ex parte conveniunt cum *tutoribus*, *curatoribus* et ipsis *patribus familias* qui, respective, ex testamento vel ex lege, procuratores fiunt personarum sibi addictarum. — Cf. *cap. 2 De in int. rest.* X (I, 41).

Caput VI.

DE ADVOCATO SEU PROCURATORE FISCALI (1).

Summarium. — 132. Advocatus vel Proc. Fiscal. debet tueri iura fiscalia. — 133. Haec tutela est diversa pro diversa negotiorum natura. — 134. Aliquando Proc. Fisc. agit personam principalem in iudicio. — 135. Quando vero et quomodo hoc competat Proc. Fisc. determinatur a iure positivo. — 136. Quid statuat ius can. — 137. In certis negotiis civilibus Proc. Fisc. vel est simplex *advocatus*, vel aliquando pars *principalis*. — 138. Nonnullae species Proc. Fiscalis. — 139. An in negotiis mere civilibus partem habeat Proc. Fisc. — 140. Quinam constituere possit Proc. Fiscalem. — 141. Quinam constitui. — 142. Eius officium.

132. Postquam de advocatis et procuratoribus egimus, quorum officium est partes adiuvare in contentione iudiciali explicanda et absolvenda, sermo habendus est de Advocato et Procuratore Fiscali. — Uti iam innuimus, haec advocatorum sive procuratorum species illud habet proprium quod, non tantum *officium* est publicum, sed ipsum *mandatum* a publica proficiscitur auctoritate. Costituitur enim huiusmodi officialis *pro iustitiae et legis tutela*, uti praecipit articulus 13 *Inst. S. C. EE. et RR. 11 Iunii 1880*, ita conceptus: « *Unicuique Curiae opus est Procuratore Fiscali pro iustitiae et legis tutela* » (2).

(1) Passim huiusmodi Officialis vocatur etiam *Promotor Fiscalis* eo quia *ex suo officio* promovet iurium vindicationem, non attendens partium *instantiam*. Nullus titulus Decretalium huc se refert.

(2) Haec instructio edita fuit *quoad modum procedendi oeconomice in causis disciplinaribus et criminalibus clericorum*; et respondit votis significatis a Patribus in Cōncilio Vaticano, ut certa procedendi ratio *simplex* et bene *determinata*, temporibus accommodata, ederetur. — Evulgata fuit italico idiomate iuxta stylum S. C. EE., et RR., at, naturâ suâ, efformat ius commune. — S. C. Prop. Fid. hanc extendit ad Status Foederatos Americae, paucis inductis mutationibus.

133. At legis et iustitiae tutela diversimode officium Procuratoris Fiscalis expostulat. In ipsa appellatione hoc adiectivum *fiscale* designat, esse iura Reipublicae communia, in *fisco* comprehensa, quae huius Procuratoris committuntur tutelae. — Hinc diversitas officii Procuratoris Fiscalis a iurium tuendorum diversitate repetenda est.

Quoad ordinem iudicialem suprema divisio est, ut Proc. Fisc. aliquando partes sive actoris sive rei in iudicio agat ipse solus, aliquando vero sua opera adsit ei qui agit vel respondet, adiuvans in negotio iudiciali dominum principalem.

134. Ipse agit et respondet Proc. Fisc., qua pars principalis, in iis causis in quibus agitur directius de bono communi Reipublicae, quod ipse ex suo munere tueri debet, promovendo instantias iudiciales. Huiusmodi sunt causae criminales, quas instaurat Procurator Fiscalis, accusans et in iudicium provocans eum civem, ex denunciatione vel ex praemissa inquisitione, graviter suspectum de crimine, de quo accusatus se defendere debet in iudicio contra accusationem Procuratoris Fiscalis; secus condemnabitur.

135. Verum nihil prohibet, quominus etiam causae criminales, directius respicientes bonum Reipublicae commune, in iudicium adducantur a privato cive, quando ipsa lex positiva cuicumque civi ius recognoscat, imo mandatum faciat tuendi iura Reipublicae communia; quippe haec iura sive bona, quamvis directius civium universitatem attingant, tamen indirecte etiam singulos respiciunt, uti planum est. — Sed an cuicumque civi competat agere in his negotiis, vel potius exclusive Procuratori Fiscali seu publico magistratui, vel cumulative hoc competat et Procuratori Fiscali et civibus; hoc repetendum est a lege positiva cuiusque civitatis (1).

(1) Historia Proc. Fiscalis tenebris obvolvitur remotioris antiquitatis, at certe in iure can. suum initium habet. Nam in documentis iuris rom. habetur nomen, sed institutum hodiernum Proc. Fiscalis non habetur. Nam

Iuri romano Procurator Fiscalis, qui ex hodiernis legibus constituitur, praecipue in causis criminalibus, incognitus fuit. Hoc iure viguit *actio criminalis popularis* seu competens cuicumque civi, quorum intererat accusare criminosos, ne impuniti evaderent. Non aderat enim alius Accusator ex officio, qui civium suppleret negligentiam in persequendis reis.

136. Iure can. exceptum fuit systema accusatorium romanum, sed statim suppleri coepit fidelium vel negligentia vel malitia in criminibus accusandis, per inquisitionem ex officio institutam ab Episcopis, qui invigilantes in salutem animarum, curant crimina etiam occulta detegere et compescere, ne occulta lues serpat et populum christianum inficiat. — Sensim multo efficacior se protulit ad crimina persequenda haec ratio inquisitionis et accusationis *ex officio*, quam modus accusationis popularis; quare magis in dies munus accusandi in iudicio cri-

tituli in Digestis *De officio procuratoris Caesaris* et *De procuratoribus et defensoribus*; in Codice vero, tituli *De procuratoribus ... praediorum fiscalium domus Augusti* et *De defensoribus civitatum*, species constituunt vel enumerant *tutorum* aut *curatorum* in negotiis civilibus. E contra Proc. Fisc., prouti hodie viget, constituitur praecipue pro causis criminalibus ad persequenda crimina et ut invigilet in rectam legum observantiam et executionem. — Crimina persequi apud Romanos competebat singulis civibus quibus comparata erat *actio popularis criminalis*. — At iure can. statim inolescit criminum insecutio *ex officio* instituta a publica auctoritate, nempe ab Episcopis suisque ministris, donec systema *inquisitivum, accusatorium ex officio*, iure Decretalium, ex Concil. Lat. IV ad formam stricte iudicialem et ordinariam constituitur: cf. *c. c. 24-25 De accus. X* (V, 1); *31 De simonia X* (V, 3); et *10. De purg. can. X* (V, 34). Maxime per *testes synodales* perficiebatur vigilantia in legum observantiam et inquisitio in crimina. De hisce testibus ita disserit Bened. XIV in op. *De Syn. Dioec. c. 3, n. 8:* « Synodales testes fere ubique desueverunt; in eorumque locum suffecti sunt *Fiscales Episcoporum* et Decani, hoc est, Vicarii Foranei, qui utique, quemadmodum advertit Van-Espen (*Iur. Eccl. univ. T. I, p. 18, n. 14*), si doctrina, pietate, prudentia et zelo praestarent, *Synodalium testium* defectum supplerent et compensarent ». Plura historiae

minosos effectum est munus publicum, demandatum magistratui seu alii officiali ad hoc constituto. — Iampridem in Ecclesia huiusmodi iudicia agitabantur in Synodis dioecesanis aut provincialibus et *testes synodales*, si non aderat privatus accusator, ex suo munere, delinquentes accusabant, quorum crimina per probationes ex inquisitione desumptas ostendebant. — At ius commune can. cumulative admittit accusationem ex officio a Procuratore Fiscali promotam, et accusationem a privato cive instauratam, imponens aliquando singulis fidelibus onus denunciandi delinquentes et subministrandi criminis probationes, ut legitima iudicialis persecutio in criminosos fiat. — Ast hodie, ex receptis moribus, actio vere iudicialis solet relinqui Procuratori Fiscali, de quo sermonem habet cit. art. Inst. S. C. EE. et RR. Vide quae disseruimus sub n. 11, p. 35 (1).

documenta vide allata a Bened. XIV l. c. — Quomodo etiam in curias saeculares inducta sit *inquisitio cum prosequente* vel *promovente*, tradidit Durantis, *Specul.*, *lib. III*, *Tit. De inquisit.*, § *Viso.* — Praecipue in Gallia hic mos late inolevit et apud tribunalia constitui coeperunt sub saec. decimo tertio *Procuratores Regii* (gens du roi, procureurs du roi). — Exinde Eruditi solent hodiernam ordinationem Procuratorum Fiscalium repetere ab institutis Procuratoribus regiis in Gallia. Qua in sententia hoc videtur probandum, nempe *hodiernam* formam Fiscalium, adoptatam passim apud curias saeculares, et etiam apud ecclesiasticas a saeculo *decimosexto*, plurimum exprimere hosce officiales in Gallia constitutos; at videtur omnino non admittendum quod conceptus *Proc. Fisc.* repetatur potius ab isto Galliae more, quam ab institutis iuris canonici. — Videlicet inquisitio *ex officio curiae*, ni me fallit opinio, retinenda est uti fundamentum in historia Proc. Fisc. — In hoc propositum cf. Boncenne, *Théorie de la proc. civ.*, *Introduct. chap. XVIII.* — Dalloz, *Répertoire* v. *Ministère public.* — Bonnier, *De l'organisation judiciaire chap. III*, *n. 151.* — Pertile, *Storia del Diritto Italiano* (Procedura), vol. VI.

(1) Quare in curiis eccl. Procurator non habet, uti solet dici, *monopolium* accusationis, quod statuitur passim in Legislationibus civilibus exprimentibus leges Gallicas quae a promovendis iudiciis criminalibus cives excludunt et tantum admittunt Procuratoris Fisc. instantiam. In Anglia

137. In aliis negotiis vero civilibus, quae privatorum iura continent, at aeque respiciunt bonum quoque commune, ut sunt causae matrimoniales, in his Procurator Fiscalis non semper agit partem principalem actoris aut rei, sed aliquando partem accessoriam, adiuvans suâ operâ eum qui in iudicio contendit pro defendendo valore actus, cuius magnopere interest Reipublicae. — Proindeque si ille qui huc intendere posset in iudicio, negligit vel hoc praestare non vult, Procurator Fiscalis eius partem supplet et qua persona principalis, agit aut respondet in iudicio (1). — Obvium exemplum habetur in causis matrimonialibus, in quibus si coniugum alter pro nullitate, alter pro valore coniugii contendat, Defensor Matrimonii ex officio (qui est species Procuratoris Fiscalis), ei adhaeret propugnanti matrimonii validitatem. Si vero alteruter coniugum nullimode in iudicio ecclesiastico partem habere velit, (quod hodie non raro accidit) vel uterque coniux asserat matrimonium nullum esse, tunc Defensor Matrimonii in prima instantia respondet qua reus

hoc *monopolium* adhuc legibus non est inductum; at mores populi eidem videntur favere: cf. Mattirolo *op. cit. Part. I, app. T. II n. 505 seq.*

(1) In hodiernis Legislationibus discrepantia haberi cepit quoad extensionem dandam officio Fiscalis. — Ex iure Gallico, Proc. Fiscalis est vigil custos (*l'œil du gouvernement*) in rectam legum observantiam, quoad omnia negotia obnoxia iurisdictioni iudicum tum contentiosae tum voluntariae. — Hinc Fiscalis habet legitimam personam standi in iudicio, qua actor vel qua reus, vel adiuvandi partes principales, vel ipsum iudicem ne prava legis fiat executio aut interpretatio. — Hoc officium Proc. Fisc., quibusdam visum est nimis amplum quoad negotia civilia et legibus coactum fuit vel ad sola negotia criminalia vel paulisper limitatum quoad civilia negotia. — Appositas controversias et legum diversarum dispositiones vide adumbratas apud Mattirolo *op. cit. Part. I append. al tit. II, n. 505 seq.* — In iure eccl. quia ex iure communi eius officium non designatur, constans non est disciplina neque universalis sed certe apud curias melius ordinatas, officium Proc. Fisc. sedulo constitutum fuit et late exercetur, tum ad inquirenda crimina tum in observantiam legum ad auferendos abusus

conventus; in secunda vero instantia agit qua actor, per appellationem impugnans sententiam primae instantiae, asserentem matrimonium nullum esse.

138. Ad instar Defensoris Matrimonii institutus fuit a Benedicto XIV Defensor Professionis Religiosae in Const. *Si datam.* — Item S. Cong. Concilii per suam Instructionem anni 1838 statuit in processibus de valore S. Ordinationis partem habere necessariam Defensorem validitatis S. Ordinationis. — In causis Beatificationis et Canonizationis partes Procuratoris Fiscalis explet *Promotor Fidei*, qui ne coelitum honor indignis tribuatur, resistit, sedulo examinando argumenta allata et alia adducendo contraria intentioni Postulatoris; cf. Bened. XIV *De beat. et canoniz., Lib. I, c. 18* (1).

At huiusmodi Procuratores Fiscales hoc habent proprium, ut semper partem agant principalem sive actoris sive rei in iudicio, quum in hisce causis non habeatur alius contradictor.

facile inolescentes contra eccl. praescriptiones. — Quamobrem exercitium iurisdictionis iudicialis *ex officio*, et Episcopalis vigilantiae ad mores reformandos et improbos coercendos sane destituitur sua vi et efficacia, quando curia destituatur Proc. Fiscali, cuius est haec omnia explere. Episcopus enim non omnia praestare per se potest; Vicarius vero Gen., qua iudex, satius est ut ipse non assumat partes accusatoris seu actoris in iudicio: ordo iudiciorum evadit praeposterus et suspectus. — Quare iure merito Ferraris (*Summa Inst. II, n. 761, n. 3*) dolet quamplurima mala derivare in Eccl. disciplinam ex defectu Proc. Fisc. — Haec intelligenda sunt de dioecesibus satis amplis, in quibus opera Proc. Fisc. efficaciter adiuvari debet a Vicariis Foraneis quasi a ministris inferioribus seu adiunctis Proc. Fiscalis. — In Dioecesibus autem non vastis, Vicarii Foranei praesto esse debent immediate Episcopis ut hi valeant, per se, abusus aut crimina compescere; iuxta sententiam iam recitatam Benedicti XIV.

(1) Species Proc. Fiscalis est etiam Advocatus seu Proc. pauperum quippe mandatum habet *publicum* defendendi iura pauperum quae censentur esse in speciali Ecclesiae tutela et quasi in eius fisco; cf. Decretum Bened. XIII constituens, in Concil. Rom. 1725, Proc. et Adv. pauperum.

139. Quum sub saeculo decimo sexto et decimo septimo passim apud curias Ecclesiasticas invaluerit mos instituendi Procuratorem Fiscalem, eius officium magis extendi coepit, adeo ut evaserit custos seu vindex legis, quasi censor iustitiae iudicialis (1), invigilans tum iudicem, tum partes contendentes, etiam in causis mere civilibus, in medium proferendo suas animadversiones vel contra partium allegationes vel iudicis agendi rationem. Huius praxis frequentia habentur exempla in Thesauro Resolutionum S. C. Concilii, ubi in quaestionibus, utputa beneficialibus, videmus Procuratorem Fiscalem plura advertentem etiam in interesse ipsius beneficiati (2). Sed quia tacet ius commune, magis remissum est peculiari consuetudini, et prudentiae vel imperio Episcopi, actionem Proc. Fisc. certis limitibus definire. Communis autem praxis Curiarum iam induxit, a Proc. Fiscali operam necessario praestandam esse in causis criminalibus, iuxta ea quae refert Pellegrini, *Prax. Vic. part. 4, sect. 1, n. 20* aiens: « Est autem adeo necessarium in criminalibus ut citetur, in omnibus actis quae fiunt contra reum, Fiscalis curiae; ut si feratur sententia contra reum, ipso (nempe Fiscali) non citato, sententia erit nulla ». Quamobrem Episcopi ex praecepto Inst. S. C. EE. et RR. iam citatae, ex communi praxi et ex intentione S. Sedis pluries manifestata, constituere debent Procuratorem Fiscalem in causis disciplinaribus et criminalibus, nec non in aliis causis commemoratis, in quibus expresse cautum est ut huiusmodi publicus Officialis constituatur.

(1) S. Cong. Concilii in una *Licien. Declinationis iurisdictionis die 1 Sept. 1657 Lib. 21 Decret. p. 18 a tergo* decrevit, Promotorem Fiscalem posse instare pro remissione causae, quae a litigantibus, declinata competentia Ordinarii in prima instantia, absque huius consensu, ad superiorem fuit delata, sive ante sive post inceptum iudicium.

(2) Iam in una *Hispalen. mensis Sept. 1589 lib. 6, Decret. p. 38* decernitur a S. Cong. Concilii de constitutione Proc. Fiscalis. — Vide alia exempla apud Pallottini, *op. cit. V. 15, p. 508*, v. *Promotor Fiscalis.*

Ex dictis facile resolvuntur aliae quaestiones, nimirum quinam Proc. Fiscalem constituere valeant; quinam constitui possit, et quodnam huius Proc. officium sit.

140. Cum primis in aperto est, Episcopo potestatem competere nominandi in sua curia Proc. Fisc., non secus ac alios officiales (1). Designat autem vel ad stabile officium seu cum mandato generali, eidem certo constituto salario; vel pro singula causa aliquem deputat in hoc officium. — Sane nullibi cautum est, Procuratorem Fiscalem cum generali et perpetuo mandato deputandum esse; etsi cum stabili officio constituatur, tamen est amovibilis ad nutum; cf. Pellegrini, *Prax. Vic. part. IV, sect. I, n. 20* (2).

Vicarius Generalis, si in curia non adsit Proc. Fisc. constitutus, hunc nominabit pro necessitate iudicii expediendi; at non posset posthabere ordinarium curiae Fiscalem aut hunc removere: cf. Bouix, *De iud. T. I, p. 472.*

Iudex Delegatus a Rom. Pontifice quum vi delegationis potestatem recipiat decernendi ea omnia necessario connexa cum negotio delegationis, auctoritate pollet sibi constituendi Fiscalem, nisi in mandato aut ex consuetudine fiat praeceptum adhibendi officiales curiae Episc.; cf. *c. c. 27, De off. iud. deleg. X* (I, 29) et *11 De rescript. in 6* (I, 3). Iudex *synodalis*, in genere, adhibere debet curiae ministros: cf. Bened. XIV, *De Syn. Dioec. L. 4, c. 5, 7.*

Demum si curiae negotia expostulent, etiam plures Procuratores Fisc. constitui possunt, qui, ne fiat confusio, certo gradu hierarchico seu quantitate potestatis, inter se ordinari debent. Cf. Ferrari, *Sum. Inst. n. 761, n. 1.*

(1) S. Cong. Concilii in una *Placentina die 5 Dec. 1648, Lib. Decretorum p. 552,* decrevit ad solum Episcopum absque consilio aut consensu capituli spectare electionem Promotoris Fiscalis.

(2) Modo neque in hodiernis Legislationibus solet decerni, Procuratores Fiscales esse inamovibiles; cf. Mattirolo l. c. n. 548.

141. Canones non praescribunt, clericum esse debere Procuratorem Fiscalem; quum vero huic officio nullum delegari soleat iurisdictionis exercitium, ab eodem laicus absolute non prohibetur; cf. decretum *S. C. EE. et RR. 2 Iulii 1677, et S. C. E. Immunitatis 3 Iun. 1832.* — Ex praescripto S. C. EE. et RR. April. 1727, qui actuarii vel notarii partes explet in curia, is non debet eodem tempore, seu non dimisso officio, Procuratoris Fisc. munere fungi. — Verum maxime convenit, hoc grave munus clerico, et si fieri potest, presbytero committere, probatissimis moribus ornato, animi constantia praecellenti et iuris peritia conspicuo, qui a personarum acceptione immunis et auri cupiditate non corruptus, valeat fortiter Ecclesiae iura tueri eaque prudenter etiam in iudicio vindicare et defendere; cf. Pellegrini, *l. c. n. 19.*

142. Officium Proc. Fisc. est (ait Pellegrini, *l. c. n. 19*): « assistere Vicario Generali; instare pro iuribus Ecclesiae, agere ac defendere fiscalia .... Propterea potest petere quod detur terminus ad probandum delictum: potest petere remissionem, ubi de iure concedi debet: similiter potest petere citari: nec non publicationem fieri: inquisitos non audiri: repeti testes: ipsos testes interrogari: reos non comparentes contumaces declarari: et tandem culpabiles condemnari. Potest similiter in omnibus cum iudice intervenire et consilii gratia votum praestare, non autem iudicare ». Quare, hic officialis in curia, circa fiscalia, pro re nata, est actor, aut reus; advocatus aut procurator, eo fine ne ista iura tum in iudicio tum extra iudicium quid detrimenti patiantur, aut ne adeo urgeantur cum damno aliorum. Quod tanti ponderis munus se fideliter expleturum esse, iurare debet Proc. Fiscalis in officio capessendo, uti mos est, prouti testatur Pellegrini, *loc. cit. n. 20.*

Caput VII.

DE AUDITORE, ASSESSORE, ACTUARIO SEU CANCELLARIO ET DE APPARITORE SEU NUNCIO.

Summarium. — 143. Ex aliis personis iudicio accessoriis, aliae iudicem adiuvant; aliae tum iudicem tum partes. — 144. *Auditori* demandatur vel iurisdictio vel simplex ministerium. — 145. Species Auditoris est *Iudex Instructor processus.* — 146. Quare horum officium desumitur a mandato quo constituuntur. — 147. *Assessor* est vel iudicis *consiliarius,* vel eius *vicarius.* — 148. Historia huius Officialis curiae eccles. — 149. Vicarius Gen. Episcopi est iudex *Assessor.* — 150. Et Episcopus alios valet adiungere Assessores etiam suo Vicario. — 151. Quinam sit idoneus officio Assessoris desumitur a qualitate mandati.

143. Demum agendum est de aliis personis in iudicio ecclesiastico partem accessoriam habentibus. — Huiusmodi curiae officiales seu ministri in duas classes commode dispescuntur. Alii enim iudicem adiuvant in quaestionibus *iuris* et *facti* enodandis, et sunt *auditores, assessores* seu *referendarii* et alii omnes, quocumque nomine appellentur, in auxilium iudicis vocati. — Alii vero tum iudici tum partibus praesto sunt vel in conscribendis actis iudicialibus, nimirum *actuarii* seu *cancellarii* et *notarii;* vel in exequendis nonnullis actibus processus, utputa in deferendo libello citationis parti conventae vel in curanda rei iudicatae aliorumque decretorum materiali executione; et isti sunt *apparitores, nuncii,* seu *executores,* caeterique omnes id genus ministri tribunalis.

Incipiamus ab officialibus iudicem adiuvantibus.

144. *Auditor* pluries commemoratur etiam in Decretalibus, sed ei nulla certa assignatur potestas de iure communi: cf.

c. c. 13 De renunciat. X (I, 9); *27* § *2, De off. iud. deleg. X* (I, 29). Quare Auditor est species iudicis delegati; si ei, per mandatum delegationis, aliquod committitur iurisdictionis exercitium. — Est vero Auditor recensendus inter simplices officiales, quando ei demandatur articulus non iurisdictionalis. — Res bene declaratur ex dispositione *cap. cit. 27, De off. iud. deleg.*, ubi ad § 2 statuitur: « Porro cum delegatus a nobis iurisdictionem suam in alium transfert totam, si fuerit appellandum, non ad eum sed ad nos appellari debebit. Cum autem sibi aliquid de iurisdictione reservet, si causa sit ei appellatione remota commissa, non ad nos sed ad eum poterit de iure appellari. Unde si forsan appelletur ab eo, cui *medium* causae committitur, sive *cognitor*, aut *executor* dicatur, vel (quod melius est) *auditor*, pro eo quod vel mandati fines excedat, vel merito sit suspectus; nihilominus tamen delegatus a nobis .... causam poterit definire etc. ». Unde patet, Auditores antea solitos fuisse adhiberi ad causas instruendas, nempe ad conficiendos processus; quocirca Auditores dicti sunt, a partibus *audiendis* earumque allegationibus. Ita curiae Papalis Cappellani solebant constitui causarum instructores, seu Auditores, et hoc est initium celeberrimi Tribunalis Auditorum Rotae; cf. *cit. cap. 13, De renunciat.;* cf. Philipps, *Ius ecclesiast., Tom. VI,* § *450 seq.*

In dies limites delegationis magis extendi coeperunt, adeo ut Auditores Papae evaserint iudices, quoad certas causas, etiam ordinarii, cf. Greg. XVI, *Reg. giud.* §§ *321 seq., 377 seq.* — Quoad alias Iudicum Auditorum species, in eod. cod. cf. §§ *312 seq., 369 seq.;* cf. Bouix, *De iud., Tom. I, p. 460.*

145. Hodie apud curias et tribunalia ecclesiastica ille, cui committitur *medium* causae seu processus instructio, potiusquam *Auditor,* solet appellari *iudex instructor*, prouti innuit etiam cit. *Inst. S. C. EE. et RR. 11 Iunii 1880*, tum ad art. 12, aiens: « *Processus confectio committi potest alicui probo atque ido-*

neo ecclesiastico, adstante actuario »; tum in art. 29, decernens: « *Expleto processu, actorum instructor, restrictum conficit essentialium conclusionum eiusdem* ». Aliquando et apud certa tribunalia huiusmodi officialis solet vocari *Referendarius*.

Quaestioni *quinam sit eligendus ad munus Auditoris, clericus* an *laicus*, certa et generalis responsio fieri non potest, quia ad diversa munera solet vocari Auditor vel iudex instructor. prouti exposuimus. Quando Auditori nulla demandetur iurisdictio, etiam *laicus* est capax eiusmodi mandati. — Si vero committitur processus instructio (quod fieri solet in causis disciplinaribus clericorum), quia huic muneri quaedam constat iurisdictio, vir ecclesiasticus eligendus est: hoc cavet art. 12 cit. Inst. Item cf. Decretum *S. C. Immunitatis anni 1832*, relatum a Bouix, *l. c. p. 463*.

146. De officio *Auditoris*, vel *iudicis instructoris* verba facienda non sunt, quia huiusmodi officialis, quum nullum certum gradum habeat in Hierarchia eccles. ex iure communi, eius officium mensurandum est a qualitate mandati vel a iure consuetudinario vel a rescripto peculiari.

147. *Assessor*, uti ipsum vocabulum sonat, munus habet *assidendi* iudici, quasi *consiliarius* vel etiam quasi iudex *vicarius*. — Unde, in genere, *Auditoris* est iudicem adiuvare in expediendo iudicio, *Assessoris* potius iudicem substituere: cf. Bouix, *l. c. p. 466*.

148. Assessores ex iure communi nullam certam habent sedem in curiis ecclesiasticis, sed eorum partes, sub alio nomine, expleri solent per Vicarios Episcoporum, quorum vices admodum varias docet historia.

Initium repetendum est ex moribus Romanorum, quum vigente Imperio, ex urbe Roma Gubernatores in provincias mittebantur viri militari scientia periti, at iuris scientia ignares. Quare eisdem factum fuerat praeceptum sibi assumendi *assessores* pro causis diiudicandis, prouti constat ex tit. ff. *De of-*

ficio assessorum et ex Cod. *De assessoribus et domesticis et cancellariis iudicum.* — In ecclesia iudices Ordinarii, nimirum Episcopi, quum potestate fruantur episcopali vel supra episcopali, praeter ordinis ministerium, auctoritatem exercent *legislativam, executivam et iudicialem.* — Unde fieri non potest quod ipsi per se omnia expediant iudicia, nec potest ab iis expostulari, ut habeant ex se absolutam iuris peritiam huic muneri necessariam, cum iam scientiam theologicam et moralem cum primis callere debeant. Exinde Concilium Trid. in *Sess. 22, cap. 2, De refor.* iubet, Episcopos *doctores* esse aut *licentiatos* in *iure canonico* vel in *sacra theologia.* Ob hanc tot munerum cumulationem in Episcopo, iudice ordinario, mos invaluit constituendi *adiutores,* nempe *consiliarios* seu *assessores,* etiam in curiis ecclesiasticis, quod commemorant et inculcant *c. c. 27 De off. iud. deleg.* (I, 29) et *11 De rescript. in 6* (I, 3). — Expresse hoc decrevit Leo X in Concil. Lat. V in Sess. X per Const. *Regiminis univ. eccl. - 4 Maii 1515*, praecipiens iudicibus delegatis a S. Sede, in altero iurium non graduatis, ut « assessorem partibus non suspectum, ab ipsis partibus vel earum altera requisiti, assumere et secundum eius relationem iudicare teneantur ». Sane huiusmodi decretum, per canones Tridentinos non renovatum, moribus amplius non continetur, at tum antiquiore tum recentiore disciplina huic curiarum necessitati aliqua ratione consultum fuit.

Usque ad saeculum quintum curiarum constitutio exprimitur in celebri canone 22 concilii Carthaginensis IV: « *Episcopus nullus causam audiat absque praesentia clericorum suorum: alioquin irrita erit sententia Episcopi, nisi clericorum sententia confirmetur* ». Rigidior est canon et conformis ingenio Ecclesiae Africanae, tamen docet communem disciplinam, qua presbyteri, sive in Synodo pro gravioribus causis, sive extra Synodum, erant Episcopi *assessores* ad lites dirimendas. — Postea cum sensim recessum sit ab hac iudicii simpliciori forma,

pene arbitrali, succedunt Archidiaconi, qui, ob munus sibi demandatum administrandi bona Ecclesiae temporalia, cum essent in negotiis agitandis prae ceteris peritiores, ab Episcopo delegabantur ad expedienda iudicia, aut consulebantur in quaestionibus iuris, et maxime ab ipsis exquirebatur factorum notitia, quia ipsi in Ecclesiae visitationem, nomine episcopi, cursitantes, facti controversi adiuncta ordinarie probe cognoscebant. — Frequentes delegationes Archidiacono factae, ipsi Archidiaconatui sensim acquisierunt et stabilem praescripserunt potestatem atque officium ordinarium, postquam beneficia in Ecclesia constituta sunt. Quocirca Archidiaconi evaserunt Vicarii nati Episcoporum cum *iurisdictione generali ordinaria*, maxime in negotiis iudicialibus.

Effectus praetergressus erat intentionem Episcoporum, qui in Archidiacono nolebant iudicem ordinarium gradu inferiorem, pro universa Dioecesi, sed sui tribunalis quaerebant *assessorem* ex mandato generali vel speciali, causas nomine Episcopi iudicantem. Proinde intumescentes et rebelles Archidiaconos ut paullatim e medio tollerent Episcopi, *alii Vicario* seu *Officiali* coeperunt delegationes facere, quoad causas antea ab Archidiaconis tractatas, impedientes hoc modo istorum auctoritatem ordinariam, quae ita ob defectum exercitii in desuetudinem abiit, et effectus est Archidiaconatus, titulus *sine re*.

149. Ius commune favit magnopere intentioni Episcoporum, statuens Vicarios generales esse tribunalis Episcopalis *assessores* cum generali mandato, exercentes eamdem Episcopi iurisdictionem, cum eo unum idemque tribunal constituentes, tamen ad nutum episcopi amovibiles. Quapropter iure merito Vicarius Generalis venit sub nomine *Ordinarii dioecesis*, quippe exercet eamdem Episcopi iurisdictionem in eius tribunali et omnes causas videre potest, exceptis gravioribus, quas expresse vel tacite sibi reservat Episcopus. Est autem ad nutum amovibilis, quia non habet beneficium vel titulum in Episcopale beneficium, et est

dependens ab auctoritate Episcopi, quoad exercitium suae potestatis, quamvis huius generale mandatum a iure communi recipiat, statim ac ab Episcopo constituitur. — Quare ex voluntate iuris communis est tribunalis Episcopalis *Assessor* seu *Officialis*, cum generali iurisdictione tum contentiosa tum voluntaria in universam dioecesim.

150. Quamvis Episcopus in Vicario Generali habeat assessorem *iure communi* concessum, non impeditur quo minus alios habeat in suo tribunali assessores, quos Generali Vicario adiungere potest, ea etiam sub conditione ut in gravioribus certis causis eorum votum sequi teneatur; *arg. cap. 2, De off. Vic. in 6* (I, 13); in iis nempe causis, in quibus Vicarius Gen. procedit ex speciali mandato. In aliis vero levioribus causis, ne Vic. Gen. iurisdictio ita limitetur ut amplius generalis non sit, Episcopus valet eidem praescribere ut consilium assessoris exquirat, etsi hoc sequi non teneatur: cf. Durantis, *Speculum, Lib. II, tit. De requisitione consilii* (1).

151. Quamobrem Assessoris *officium* desumendum est a mandato quo constituitur. — *Persona* vero Assessoris etiam designatur a qualitate mandati; siquidem articulus non iurisdictionalis potest mandari etiam laico; iurisdictionis antem eccl. exercitium, tantum clerico, eidemque idoneo.

(1) Sententia Bouix *l. c. p. 467* videtur vera, si limitatio, quam ponit potestati Episcopi assignandi assessores suo Vicario, tantum « *quoad unam aut alteram causarum speciem* », intelligatur de causis gravioribus in genere; et subaudiatur quoad alias omnes, posse Vicario praescribere Episcopum, ut iudicet, assessoris exquisito consilio. Secus videtur huiusmodi sententia iuri Episcoporum non conformis

§ 1. *De actuariis seu notariis et apparitoribus.*

Summarium. — 152. Innocentius III iussit esse adhibendos actuarios in iudiciis. — 153. Horum species. — 154. Quinam possit actuarios seu notarios constituere. — 155. Notarii ab Episcopo creati auctoritas exercetur tantum in territorio dioecesano. — 156. Quinam notarii constitui possint, seu an clerici hoc munere fungi possint. — 157. Laici notarii ab auctoritate seculari creati, in foro eccl. notariatus munere fungi valent. — 158. An hodie hos admittere expediat. — 159. De qualitatibus in notario requisitis. — 160. De huius officio. — 161. De mercede ipsi congruente. — 162. De apparitoribus et aliis tribunalis eccl. ministris. — 163. Quomodo horum defectus suppleri partim possit. — 164. De fide quam merentur apparitorum acta.

152. Cum primis de *actuariis.* Hos in processum iudicialem canonicum induxit Innoc. III *in cap. 11 De prob. X* (II, 19) statuens: « ... *ut tam in ordinario iudicio quam extraordinario iudex semper adhibeat aut publicam si potest habere personam aut duos viros idoneos, qui fideliter universa iudicii acta excribant* ». Hinc *actuarius* dicitur ab *actis* excribendis. Sed inquirendum est, quaenam sit *haec publica persona,* cuius defectus suppletur per duos testes. Iamvero haec persona dicitur *publica,* quippe *publicam* meretur *fidem* ob auctoritatem sui officii, quam fidem faciunt duo testes, etsi personae privatae, quia *in ore duorum vel trium testium stat omne verbum* (1).

153. Haec persona *publica,* impertiens *publicam* auctoritatem actis a se excriptis, diversis nominibus vocatur; nimirum

(1) Communior eruditorum opinio est *notarios* dictos fuisse *a notis* seu a quibusdam *signis* adhibitis ad citissime scribendum. Unde hi scriptores dicebantur *tachygraphi* seu *stenographi;* quorum ars non tantum Romanis sed Graecis et Hebraeis explorata fuit. Haec late disseruntur a Moroni, *Dizionario di erud. storic. eccl.* v. *Notaro;* et Thomassin., *Nov. et Vet. Eccl. discipl. P. I, Lib. 2, cap. 104.*

notarius, actuarius, cancellarius, secretarius, scriniarius, tabellio; et reapse, apud diversas curias, diversae vigent appellationes huius officii. At communiter appellatur *actuarius* vel *magister actorum* qui deputatur ad exaranda acta iudicialia; *notarius* qui acta potius *extraiudicialia* excribit; *cancellarius* vero solet ita *curiae* esse addictus, ut eius acta *iudicialia* et *extraiudicialia* scriptis referat. Alicubi etiam *Secretarius* hoc munere pollet; nomina vero *scriniarii* vel *tabellionis* sunt antiquata. — Qui olim *scriniarius* vocabatur ab officio custodiendi *scrinium* vel *archivium*, hodie *archivista* seu *protocollista* solet appellari. — Omnes partes huius officii, nimirum scribendi acta tum iudicialia tum extraiudicialia, eaque custodiendi in archivio solent hodie committi *Cancellario curiae.*

Nos, in praesentiarum, quia agimus potissimum de officio scribendi acta ad publicam fidem eisdem adstruendam, et in curia eccl. qui deputatur ad acta excribenda iudicialia, censetur deputatus etiam ad acta exaranda extraiudicialia (cf. responsionem *S. C. EE. et RR. diei 11 Febr. 1806*), hunc officialem appellamus *notarium* et de eo, generice, instituimus quaestiones (1).

154. Primo quaeramus, quinam possit notarios deputare. Papa, qua Princeps supremus, notarios constituit pro universo orbe catholico; *de iure vero communi saltem consuetudinario, Episcopus, pro sua dioecesi, notarium constituere valet* (2). Inquam *de iure saltem consuetudinario*, quia in iure *scripto* de hac potestate ne verbum quidem. — Aliunde, notant communiter Doctores (cf. Fagnanum, *in cap. Sicut te. Ne clerici*

(1) Item S. Cong. Concilii pluries declaravit Episcopum constituendo *cancellarium* eidem *notariatum* implicite conferre: cf. Pallottini, *op. cit.* v. *Notarius. Tom. 14, n. 1.*

(2) Sed Episcopus valet notarium seu cancellarium constituere tantum pro necessitate suae curiae. Supremo Principi lus reservatur creandi notarios absque limite *numeri* et *auctoritatis.* Cf. Pallottini, *l. c. n. 22.*

vel Monachi, X (III, 50) et Pirhing *in tit. De fide inst. X* (II, 22) *n. 8*) hanc facultatem Episcopis a iure *positivo* derivari. Nam nec in iure naturali nec in iure gentium continetur, quod quidam, ex simplici deputatione Antistitis Principe inferioris, valeat fidem publicam impertire suis scripturis. Hinc munus notariorum est institutum iuris positivi (1).

Caput 11 cit. *De prob.* iam supponit in Ordinariis facultatem constituendi hanc *personam publicam;* sed quia iubet huiusmodi publicum officialem adhibendum esse in iudiciis, deducunt D. D.: « *auctoritas et actus creandi seu constituendi notarios est actus iudicialis; adeoque extra territorium fieri non potest* »; ita Pirhing l. c., cum communi. Quare in praxi ab Episcopis haec sententia prae oculis habenda est, quae quamvis non careat contradictoribus, tamen ad evitandas dubietates circa valorem instrumentorum a cancellariis seu notariis rogatorum, satius est, hunc officialem constituat Episcopus, dum in sua dioecesi versatur (2).

Iudex vero delegatus, si delegans ei notarium non assignavit, potestate gaudet sibi constituendi notarium, ad ea tamen acta tantum excribenda, quae in iudicio delegato exaranda sunt : *arg. c. c. 11 De rescript. in 6* (I, 3) *et 15 De off. iud. deleg. in 6* (I, 14).

(1) Fagnanus in l. c. conceptum ita exprimit: « *Quia* (inquit), *ut credatur pelli animalis* (nempe scripturae exaratae, uti mos erat, in pelle pecorum) *est contra ius, cui solus Princeps supremus potest derogare* ». Reapse est iuxta ius naturale ut credatur testibus fide dignis, sed constituere aliquem, uti testem *autorizabilem*, est iuris positivi sive scripti sive non scripti.

(2) Notarius seu actuarius, ex intentione iuris can., suum officium sortitur directius ad acta iudicialia excribenda; hoc sub respectu actus creandi notarium censetur actus *iudicialis,* eo magis quod in personam notarii dirigi possunt exceptiones *suspicionis* ut ab hoc munere repellatur. Notarius vero dicitur *creari,* quia suam potestatem ipse mutuatur totam ex constitutione superioris.

Ne tamen haec facultas nimis limitaret Ordinariorum potestatem, cautum fuit a S. Cong. Concil. in *Albanen. diei 15 Ian. 1656* « *In huiusmodi appellationum causis ad iudices synodales delatis adhibendos esse notarios curiae episcopalis* ». Hoc decretum fuisse notat Bened. XIV *De Syn. Dioec. L. IV, c. 5, n. 7* « ... ut omnem ab illis arceret ambitionem ostentandi tribunal proprium cum propriis ministris ». — Si vero iudex sit delegatus ut causam videat, de se, non pertinentem ad Episcopi tribunal, utputa causam Religiosorum, tunc delegatus iure pollet sibi notarium assumendi: ita S. Cong. Concil. in *Faventina diei 17 Dec. 1667*. Cf. Pallottini, *l. c. n. 30 seq.*

155. In notariis ab Episcopis constitutis necessaria sequitur limitatio in exercitio sui officii, quoad certum locum, quia imperium constituentis non egreditur limites sui territorii. — Hinc huiusmodi notarius instrumenta conficere potest tantum in territorio, ubi potestas viget superioris a quo deputatus est. Verum iuxta probabiliorem sententiam (cf. Pirhing l. c.) valet extra suum territorium acta conficere, si rogetur a subditis sui superioris constituentis. — Praeterea extranei seu peregrini, in territorio notarii, hunc adhibere possunt ad acta roganda, nisi hoc expresse ei prohibeatur: cf. Pirhing l. c. — Acta vero ab ipsis confecta ubique gentium fidem faciunt et merentur publicam; quia officii huiusmodi exercitium est alligatum ad territorium, sed fides, quam merentur, innititur dispositioni *iuris communis* approbantis notariorum auctoritatem, et hinc non est loco circumscripta. Cf. Fagnanum, *l. c. n. 53.*

156. Dein inquirendum est, quinam notarii munere fungi debeant. Caput 8 *Sicut te, Ne clerici vel Monachi, X* (III, 50) prohibet, quo minus clerici tabellionatus seu notariatus officium peragant. — Id docet Fagnanus, saepe citatus, in hoc caput profundum exarans commentarium, et innixus intentioni huius canonis, et alteri decreto cap. 11 *De haereticis in 6* (V, 2). — Ibi Bonifacius VIII, dispensative, *non obstante statuto aliquo contrario*

canonis vel ordinis, quocumque vallato munimine, facultatem concedit « huiusmodi fratribus necnon et aliis Religiosis quibuslibet, *qui similiter dum essent in saeculo tabellionatus officium habuerunt* et exercuerunt, quibusvis *etiam clericis saecularibus officium ipsum habentibus* (etiamsi iidem fratres Religiosi et Clerici sint in sacris ordinibus constituti), exercendi libere officium ipsum quoad praemissa etc. ». Unde concludit citatus auctor, vi harum constitutionum, omnibus clericis etsi minoribus et beneficium non habentibus interdictum esse notariatus officium, etiam in foro ecclesiastico. Reapse, tunc temporis, tabelliones seu notarii vi dispositionum iuris romani, in *Nov. 47, cap. 12 et Nov. 90, cap. 2* et alibi in Corpore iuris, publice conficiebant instrumenta, certa pacta mercede, more negotiatorum; quamobrem nemo non videt quantopere huiusmodi officium clericos dedeceat, qui a saecularibus negotiis abhorrere debent (1).

Sed Fagnanus in l. c. citans plures canonistas, aliam allegat rationem; nimirum tabellionatus officium, suapte natura, ignobile esse. Quod negandum videtur, si ab hoc munere scopus disiungatur negotiationis. Re sana vera nemo dicet, vile exercuisse officium *notarios regionarios* Romae constitutos ad conscribenda martyrum acta; notarios in Conciliis acta exarantes; nec non Notarios et Protonotarios in Romana curia adhuc creatos ignobili titulo distinctos esse. — Eruditi vero innumera congerunt exempla, quibus docent usque in Ecclesia clericos notariatus munere functos fuisse. Cf. Thomassin., *Vet. et Nov. Eccl. discipl., P. I. Lib. II, c. 104* et Zaccarias, *De Notariis Ecclesiasticis.*

Proinde dispositio iuris Decretalium est praecipue referenda ad ea temporum adiuncta, quando hoc genus negotia-

(1) Proinde haec praescriptio *cap. 8 cit.* continetur in titulo « *Ne clerici vel monachi saecularibus negotiis se immisceant* », cf. Ferraris, *Bib. can.* v. *Notarius n. 21 seq.*

tionis ordinatum iuxta praescriptiones iuris romani, exercere clerici ambiebant, ob pingues reditus exinde derivantes; et prohibitionem etiam spectasse ad forum eccl., quia hic forus tunc temporis secularem pene absorbebat, et quia notariatus munus etiam in isto foro naturam negotiationis secumferebat. — Unde, prono alveo fluit, hac dempta nota vilioris officii, *in negotiis ecclesiasticis* hoc munus clericos non dedecere et fere ubique in curiis eccl. ex consuetudine ad clericos spectare. Cf. Monacelli, *Form. legale, part. I, tit. 1, form. 5, adnot. 6:* et Bouix, *De iud. I, p. 492*, ait: « *Ego autem testari possum omnes hodiernorum Galliae Episcoporum cancellarios esse clericos eosdemque in Sacris constitutos .... et (prouti mihi retulerunt viri fide digni) in plerisque insuper mundi catholici regionibus* ». — A tempore vero quo haec scribebat cit. Auctor, hic mos etiam magis invaluit in Italia, de qua praecipue scribebat Fagnanus, *l. c. n. 63* aiens: « *Ubique locorum actuarii seu cancellarii Episcoporum sunt laici* ».

157. Sane quum ex iure Decretalium prohibitum fuerit hoc munus clericis, laici admittendi erant etiam in foro eccl. iidemque notarii, ab auctoritate laica constituti, habiti sunt ut legitimi notarii etiam pro foro eccl. — Tamen cavit Concil. Trid. *Sess. 22, c. 10*, ne Episcopi admittant notarios, etiam apostolica, imperiali aut regia auctoritate creatos, nisi ipsos *examinatione adhibita* idoneos repererint; delinquentes vero ad tempus aut in perpetuum prohibeant ab exercendo proprio munere in curiis ecclesiasticis. — Quo decreto factum est ut quamvis Papa pro universo orbe cath. notarios creare valeat, tamen Episcopus etiam *tamquam delegatus Sedis Apostolicae* hos probare possit et ab officio non idoneos prohibere.

158. Hodie vero quia notarii a laica potestate creantur absque ullo delectu inter catholicos et acatholicos vel infideles, inter impios et religiosos homines, sane patet, huiusmodi notarios, ex ipsa intentione iuris communis, aut potestate non pol-

lere rogandi acta ecclesiastica, aut certe ab Episcopo vi decreti Trid. prohibendos esse, ne hoc munere fungantur, nisi expressa accedat approbatio. Quod sedulo adverti debet ab Ordinariis adversus eos, qui, freti praecepto iuris comm. eccl., forte vellent se, qua notarios, ingerere in negotia eccl., apposita acta rogantes. Cf. Bouix, *l. c. p. 505.*

Demum ex dictis deducitur quomodo satisfaciendum sit quaestioni, *an nempe hodie magis expediat in curiis eccl. ad notarii seu cancellarii munus adhibere laicum hominem, aut potius clericum sacris ordinibus initiatum vel Sacerdotem.* — Diximus - *notarii seu cancellarii* -, ut morem exprimamus curiarum, nimirum constituendi officialem, *notarium*, sed communius, *cancellarium* appellatum, cui munus committitur rogandi omnia acta iudicialia et extraiudicialia, quae in curia quovis in negotio poni usuveniat. — Iamvero, uti iam innuimus, praxis hodierna, pene universalis est, huiusmodi munus Sacerdoti committendi. — Admodum vero hic mos probandus, quia huic officiali pandenda sunt plura documenta aut ab ipso instrumenta sunt conficienda, quibus clerici accusantur aut condemnantur, nec non alia id genus negotia in curiis habentur, religioso silentio celanda. Praeterea hodie quum laici curiosius clericorum mores inquirant, et curiarum decreta, ordinationes scrutentur, ut publice prodant atque incusent, plane magis expedit curiarum acta committere roganda clerico quam laico notario; et planum est. Cf. Bouix, *l. c. p. 492* (1).

159. Ius commune nihil praescripsit de qualitatibus, quibus instructus esse debeat notarius; quocirca Ordinarius tantum in eo requirat necessariam probitatem et scientiam, seu probitatem

(1) Perpauca sunt acta in curiis roganda, quae fidem habere debeant coram laica potestate; quaeque proinde a laico notario conficienda sint. Haec non sunt instrumenta maioris ponderis, et tunc facilis est recursus ad laicum notarium.

testi *autorizabili* congruentem, cf. *l. 3, § 5, ff. Testibus*, et Leurenium, *For. eccl. tit. 22, lib. II, X, q. 689.*

160. Officium notarii est, non tantum acta diligenter et fideliter rogare et secreta non revelare, sed eadem sedulo custodire et servare in suo *Protocollo* seu *Archivio* (1).

Notarii autem sive eccl. sive laici tenentur Episcopo revelare legata pia, seu ecclesiasticam auctoritatem certiorem reddere de fundis sive reditibus *ad causam religiosam* destinatis, ut Ordinarius eccl. valeat tutelam de legato pio assumere eiusque executionem invigilare aut curare, si dati executores in suo munere sint negligentes; cf. Ferraris, *Bib. can.* v. *Notarius, n. 4 seq.*

161. Pro congruo notarii sive cancellarii stipendio in curia eccl. serventur legitimae consuetudines, nempe approbatae taxae, introductae sub titulo *taxae Innocentianae* (2), cf. Ferraris, *op. cit.* v. *Cancellarius n. 13;* vel expensarum iudicialium (ibi *n. 16*).

(1) Hac de re sollicitudines a Romanis Pontificibus adhibitas, ne acta a notariis rogata perirent nec fraudibus corrumperentur, vide enumeratas apud Pallottini *op. c.* v. *Not. seu Cancell. n. 22, Tom. 14.* — Sixtus V instituit a. 1588 publica Archivia, ad quae deferrentur instrumenta a notariis confecta.

(2) Taxa Innocentiana ordinata fuit *die 1 Oct. 1678* a Congregatione particulari deputata ab Inn. XI Const. *Essendosi* et de Eius mandato typis edita a S. Cong. Concilii, die 8 eiusdem mensis et anni. Haec taxa respicit negotia extraiudicialia. — Quia iampridem dubitatum fuit, an haec constitutio Italiam tantum respiceret, an vero alias quoque regiones, et quum immutatus pecuniae valor non amplius congrueret taxis hac lege praescriptis, *die 10 Iunii 1896 S. Congregatio Conc.* decretum, a S. Pontifice approbatum, evulgavit quoad negotia non contentiosa, sub hisce dubiis expressum:

I. « An et quae taxae imponi possint iuxta prudentiae et iustitiae « regulas in materia sacramentali, ac speciatim in matrimoniali, itemque « in materia beneficiaria.

II. « An generalibus quibusdam editis normis, specifica praefinitio « taxarum in singulis dioecesibus Ordinariorum arbitrio sit relinquenda;

162. Modo de *apparitoribus*. Alii enim tribunalis ministri, qui iudici et partibus praesto sunt ad certa exequenda iudicii acta, solent *apparitores* vocari vel aliis nominibus appellantur, ut tradit Pellegrini, *op. cit. Part. II, praemis. II, n. 8* docens: « Item intervenit *nuntius* seu *cursor* seu *baiulus* seu *apparitor* seu *serviens curiae* qui alia nomina sortitur, et hic citat partes in omnibus actis iudiciariis, et postea refert in scriptis notario, se citasse, ut habuit in commissis etc. ». Quia huiusmodi executiones aliquando exigunt vim armatam, hinc in curiis *praeses familiae* armatae dictus fuit *baroncellus* (bargello). Pro custodiendis et administrandis mulctis seu taxis solutis apud tribunal destinatus est *depositarius poenarum*.

163. Ob temporum iniuria horum ministrorum vis et numerus admodum extenuatus est hodie apud curias, adeo ut in *cit. Inst. S. C. EE. et RR. 11 Iun. 1880 in art. 14* hoc caveatur: « *Qualenus pro intimationibus aut notificationibus haud*

« an potius praescribendum, ut hac de re agatur in synodis provincialibus, « et quatenus synodi haberi nequeant, in conventibus Episcoporum in sin« gulis provinciis, et in Italia in singulis regionibus, ad hunc effectum « peculiariter habendis, sub lege nempe ut uniformis taxa in singulis pro« vinciis seu regionibus quoad fieri possit statuatur, Sacrae Concilii Con« gregationi pro approbatione subiicienda.

III. « An et quaenam aliae provisiones hac de re sint adhibendae ».

Quibus Emi Patres, praevio Consultorum voto, respondendum censuerunt:

Ad I.m « Affirmative, ita tamen ut quoad actus qui directe respiciunt « sacramentorum administrationem, servetur dispositio *cap. 42 Decret. De « simonia*, scilicet, ut libere conferantur ecclesiastica sacramenta et piae « consuetudines observentur.

« Quod vero ad reliquos actus, qui directe non respiciunt admini« strationem sacramentorum, uti sunt dispensatio a denunciationibus ma« trimonii, venia conferendi baptisma in privatis domibus, et cetera huius« modi:

1. « servandas laudabiles consuetudines, et rationem prudenter ha« bendam locorum, temporum ac personarum:

praesto sit opera apparitorum curiae, suppletur exhibitione earumdem explendâ per qualificatam personam, quae de exhibitis literis certioret sive eas transmittendo ope commendationis penes tabellariorum officium illis in locis, in quibus hoc invaluit systema, exposcendo fidem exhibitionis, receptionis aut repudii ».

164. Caeterum curia pro singulo processu quemdam deputare potest uti *apparitorem* sive *cursorem*, eumdem idoneum et fide dignum declarando pro citationibus aliisque nuntiis deferendis.

Nam in modis adhibitis pro dandis nuntiis, et in personis ad hoc deputandis, adverti debet, ut hoc qualecumque medium sit dignum publica fide, siquidem exinde iudici et partibus constare debet, legitime citationem reapse ad conventum pervenisse, aut iudicis decretum congrue nuntiatum fuisse, et ita porro.

Verum haec apparitorum acta, publica fruuntur fide, ex *iuris* praesumptione, quippe innituntur approbationi iudicis. —

2. « vere pauperes eximendos a quibusvis expensis:

3. « taxas non adeo graves esse debere, ut arceant fideles a rece-
« ptione sacramentorum:

4. « quoad matrimonium in specie, remittendas ipsas taxas esse in
« casibus in quibus adsit periculum, ne fideles in concubinatum proruant:

5. « tandem quoad beneficia ecclesiastica, taxas esse non debere pro-
« portionaliter inadaequatas reditibus beneficiorum.

Ad II.^{m} « Negative ad primam partem, affirmative ad secundam.

Ad III.^{m} « Affirmative, et taxarum descriptionem seu notulam modo
« et normis superius expositis confectam, quamprimum transmittendam ad
« S. Concilii Congregationem pro approbatione; quae tantum concedenda
« erit ad instar experimenti, pro dioecesibus Europae ad quinquennium,
« pro reliquis vero ad decennium ».

In negotiis vero contentiosis serventur probatae consuetudines iuxta decretum Tridentinum *Sess. 24, cap. 20 De ref.* Cf. Pallottini, *l. c.* v. *Notarius n. 60.*

Sed est simplex iuris praesumptio, quae admittit probationem contrariam, ut late probat Glossa in *cap. 19 De app. X* (II, 28); nimirum ea quae asseruntur ab apparitore, contrariis probationibus impugnare potest pars cuius interest; quae, praeterea, instare valet opponendo *suspicionis exceptionem*, ut talis minister qua suspectus removeatur.

TITULUS III.

DE ACTIONIBUS ET EXCEPTIONIBUS.

Huc referant. Tit. 35, X, Lib. I, et Tit. 25, X, Lib. II, Tit. 12, Lib. II in VI, et Tit. 10, Lib. II in Clem.

Summarium. — 165. Hic agitur de obiecto iudiciorum. — 166. An actio distinguatur a iure controverso. — 167. Usus practicus huius distinctionis. — 168. Tamen actio non est ius independens a iure controverso. — 169. Explicatur quid significent et quomodo inter se distinguantur vocabula: *actio*, *instantia*, *causa*, *quaestio*, *lis*. — 170. Quid sit exceptio. — 171. Quid sit replicatio, duplicatio, triplicatio.

165. Postquam consideravimus *quid sit iudicium et quomodo constituatur*, de eius obiecto agendum nobis est.

Iudicii obiectum sunt *res* seu iura quae in iudicio petunt vel determinari si dubia et incerta, defendi si offensa, si ablata vindicari. Nempe agimus de iudiciis civilibus, quorum obiectum sunt res seu iura privatorum; scilicet civium instantiae ad iurium habendam practicam interpretationem et ad eorum laesiones removendas, quae auferunt vel impediunt liberum exercitium iuris privati. — Offensiones vero iurium quae *crimen* constituunt, sunt obiectum iudiciorum criminalium.

Sed tamen res seu iura non sunt immediatum et proximum obiectum iudiciorum; sunt obiectum remotum, quia obiectum proximum et formale sunt ipsae actiones seu instantiae iudiciales, vi quarum instituitur iurium defensio et vindicatio iudicialis. Hinc in celebri Cod. saepius citato Greg. XVI § *396* legitur: « Omnia iudicia habent pro obiecto actionem personalem, realem aut mixtam etc. ». Sed praestat actionis inti-

mius scrutari naturam, quin tamen ingrediamur innumeras pene controversias hac de re motas (1).

166. Si actiones sunt obiectum iudicii, sequitur forsan quod *actio* non distinguatur ab *ipso iure controverso?* Et hoc est negandum, tum ex ipso conceptu actionis, tum maxime ex usu actionis in iure positivo. Revera actio per se, iure naturae considerata, independenter a quocumque iure controverso in iudicium adducto, est ius omnibus iuribus anterius et inhaerens, *est ius defendendi propria iura;* quo sensu vera est Iustiniani definitio in *Inst. Lib. 4, Tit. 6:* « *Actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur* ». Ita intellecta haec definitio non amplius est obnoxia reprehensionibus Cuiacii aliorumque commentatorum, qui eamdem uti imperfectam habuerunt ob vocabulum *debetur*, quod videtur se referre tantum ad iura in personam seu ad praestationes a debitore creditori *debitas;* non ad iura realia seu ad res quae nostrae iam sunt adversus omnes. — Sed e contra proprium est actionis, esse quid generalius et superius quocumque iure, uti ius defensionis distinctum a peculiari iure defendendo. Quare non improprie dicitur, *ius persequendi quod sibi debetur,* quia sive persequamur rem iam nostram vel aliquid repetamus nobis ab alio praestandum vi obligationis; per actionem intendimus aut efficaciter per auctoritatem iudicialem, repetere quod nobis *debetur*, aut defendere id quod nobis *debent* alii, uti nostrum, recognoscere et revereri. — Unde in *l. 178* § *3, ff. De verb. signif.* declaratur: « Hoc verbum DEBERI omnem omnino actionem comprehendere videtur ». At iampridem ad omnem auferendam dubietatem nonnulli definierunt actionem: « *Ius persequendi in iudicio quod nobis debetur aut quod nostrum est* ».

(1) Hac de re possunt conferri: Arndts-Serafini, *Pandette* § 96; et cl. Ruggeri, *De Obligationibus - Praelect. ad Pandectas*, cap. 1.

167. Verum *actionis a iure controverso* distinctio, maxime in iure positivo, uti necessaria et fundamentalis admittenda est. Nam omnibus in confesso est, ius positivum quibusdam iuribus, lege naturali plane validis et efficacibus, denegare posse, legitima de causa, iudicialem tuitionem. Revera iudicium quod est publica auctoritate constitutum ad civium iura tuenda, eamdem defensionem non concedit, quotiescumque publica potestas nonnulla iura hac tuitione carere decernat. Inde factum est ut Romanorum iure, tantummodo civibus Romanis, et iuribus sub certis solemnitatibus comparatis, concederetur iudicialis actio. Hoc sane non est tribuendum perfectioni iuris positivi quod, de se, eo perfectius dici debet quo pressius iuri naturali adhaerens, omnibus iuribus legitimae defensionis potestatem impertit. Quum enim in societate licitum non sit civibus de iuribus laesis, privata auctoritate, vindictam sumere, aut de controversis, arbitratu suo, quaestionem dirimere, debet ipsa publica auctoritas civibus praesto esse, eisdem comparans legitima media ad efficacem iurium tutelam. — Sed in civili hominum consortio adsunt etiam certissimae rationes, ob quas ius positivum deneget aliquando actiones.

Sane ius canonicum perfecit ius romanum, statuens in *cap. 1, De Pactis, X* (I, 35) omnia pacta actionem iudicialem habere, seu quamcumque obligationem admitti ad tutelam iudicialem iuxta valorem iuris naturalis, quod lex Romanorum non recognoscebat ob subtiles distinctiones inter *contractus et pacta, pacta legitima et non legitima, et alia huiusmodi;* cf. Devoti *(Ius can. De pactis)*. Nihilominus ius canonicum aliquando actionem denegavit, utputa excommunicatis; quamvis Legislator canonicus non inficiatur excommunicatum posse alios sibi obligare et aliis obligari, prouti patet ex *cap. 1, De Except. in 6* (II, 12) iam exposito sub *n. 63, p. 84*, cum ageretur de iure agendi in excommunicatis. Nam praesertim in poenam, seu ob iustissimas rationes illis denegatum fuit beneficium *actionis iu-*

dicialis. Quod fieri potuit ob distinctionem, quae intercedit inter ipsam actionem et ius controversum (1).

168. Sed tamen haec distinctio praepostere intelligeretur, si *actio* a *iure* controverso ita disiungatur ut ista habeatur quasi *ius independens*, et per se consistens. — Dum e contra actio est *inhaerens* iuri controverso, ab eoque enascitur, neque intelligi potest *actio* sine iure de quo agatur. Proinde quis iudicium promovere valet, quando ius habet in iudicio deducendum (2). Si certum ius non adsit, potest quis gratiam implorare Principis, vel ab eo per *viam* quam vocant *administrativam* expetere, ut dignetur legem certa ratione exequi vel aliquid aliud decernere ex iustitia distributiva, sed instantiam iudicialem instaurare non valet.

Unde actio immediate est obnoxia iudicio, ut ius controversum defendatur; quippe iudicia sunt medium legitimum ad experiendam iurium defensionem. Sententia enim iudicialis non constituit *natura sua* nova iura, sed iura iam existentia at controversa seu prohibita a suo libero exercitio vult tuta reddere et sarta. — Hic conceptus, de vi sententiae, nunquam excidere debet, ut recte intelligatur iudicis auctoritas, quae per sententias iura declarat, interpretatur.

169. Actionis explicata natura et significatione, iuvat re-

(1) Revera excommunicatus, statim ac absolvitur, agendi ius recuperat; sententia vero quae lata sit, impeditur ab executione, donec censuratus absolvatur; ait enim Inn. IV in cit. cap.: « *Sed si post rem iudicatam talis exceptio* (excommunicationis) *proponatur, executionem impediet; sed sententia quae praecessit non minus robur debitum obtinebit* ». Quare ut excommunicati « *rubore suffusi ad humilitatis gratiam et reconciliationis affectum facilius inclinentur* » ait *cit. cap.*, actione privantur, salvo remanente vinculo obligationis sive iuris, secus enim de hoc agere non possent, resoluta poena excommunicationis.

(2) Etiam in iure romano conceptus *actionis* est iuri controverso necessario *relativus*, non ab eodem *independens*, uti nonnulli autumant; cf. Arndts-Serafini, *Pandett.* § 96.

vocare quaedam vocabula, respicientia *actionem, ius controversum et ipsam controversiam iudicialem*, ut eorumdem declaretur genuina significatio. — Haec vocabula sunt: *instantia, causa, quaestio, lis.*

Instantia est exercitium actionis, quod habetur ab imploratione iudicii usque ad sententiam definitivam. Nam *actio*, qua talis, dicit ius defendendi iudicio propria iura; sed ius distinguitur ab exercitio iuris, et quisque iuri suo renunciare, vel per alios exercere potest. Hinc in *l. 5, § 6 ff. De dolo mali et met. except.* advertitur: « *Cum actor quidem in sua potestate habeat quando utatur iure suo* »; et hoc congruit regulae iam explicatae: *invitus agere nemo cogitur.* Exinde *actiones* (non *instantiae*), vendi, donari possunt. Ergo instantia distinguitur ab actione, uti iuris exercitium a proprio iure: *tamen, ob intimam affinitatem, vulgo sine discrimine usurpantur.*

Quaestio est potius ipsum ius controversum in iudicio nondum deductum; *causa* ius controversum in iudicium deductum; *lis* est ipsa quaestionis agitatio in iudicio actorem inter et reum.

170. Actioni consona est *exceptio*, nam exceptio est modus defensionis, quo *directe* aliquid opponitur instantiae agentis ad illam excludendam. Quapropter quia omnis defensio tendit ad infringendam agentis instantiam, si *large* sumamus exceptionem, omnis defensio est exceptio; si vero *stricte*, tunc exceptio est modus specialis defensionis, quo *directe* oppugnatur vis instantiae, nempe, actionis iudicialis ad illam excludendam, et definitur: *exclusio actionis.* Exceptionis intentio autem dirigitur,

1) aut contra ius actoris, nempe ipsam actionem seu meritum causae;

2) aut contra modum agendi seu ipsam instantiam.

Quando impugnatur ius agentis potest excipi vel agentem nullum ius habere, et exceptio dicitur *peremtoria*, vel non habere nunc quando petit, et exceptio est *dilatoria*, e. g. quia actor ante tempus petit debiti solutionem.

Contra modum autem agendi seu ipsam instantiam, est *peremtoria*, si excipiens demonstret iudicium locum habere non posse, quia agens personam non habet legitimam standi in iudicio, utputa quia religiosus. — Est *dilatoria*, si probet ex. g. hoc iudicium non esse legitimum ob defectum competentiae in iudice, quare instantia fiet legitima si adeatur iudex competens. Cum exceptiones semper sint aut *peremtoriae* aut *dilatoriae*, ita solet compleri definitio exceptionis: *est actionis exclusio qua reus actionem contra se institutam vel retardat vel penitus elidit.*

171. Exceptio aggreditur actionem ad illam excludendam, ob legitimam defensionem; siquidem *reus excipiendo fit actor.* Iamvero haec defensio vicissim negari non potest agenti, cui integrum est se defendere ab exceptione: haec defensio dicitur *replicatio.* — Unde replicatio est *exceptionis exclusio seu elisio.* — *Duplicatio* habetur, si reus vicissim velit alia *exceptione* refutare actoris responsionem, nec excluditur *triplicatio* et *quadruplicatio* (1). Iudici tamen cavendum est, ne potius quam defensio, fiat collusio ad litem in infinitum producendam. Et quum rei partes in iudicio sint favorabiliores, monet Novell. *115, cap. 2, — reum ultimum esse debere in respondendo.* Sed praecipue ex iure can. in moderanda partium legitima defen-

(1) Uti exceptio proprie dicta habetur, quando reus aliquod asserit factum intentioni actoris adversum (quod reus probando fit actor); ita replicatio *proprio sensu* fit, si novis assertionibus excipientis intentio retunditur. Secus si nihil novi asseritur, sed tantum negatur factum in exceptione assertum et negationis rationes probantur, fit locus simplici defensioni; non propriae replicationi. — Iustinianus in *Inst. Lib. IV, tit. 14* ita explicat *replicationes:* « Interdum evenit ut exceptio, quae prima facie iusta videatur, inique noceat. Quod quum accidit, alia allegatione opus est adiuvandi actoris gratia, quae *replicatio* vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis.... § *1.* Rursus interdum evenit ut replicatio quae prima facie iusta est, inique noceat. Quod quum accidit, alia allegatione opus est adiuvandi rei gratia, quae *duplicatio* vocatur etc. »

sione plurimum defertur aequo iudicis arbitrio: cf. Schmalzg. *De except. n. 9 seq.*

Praeterea quia ius defensionis repetitur a iure naturali, lex positiva, constituto legitimae tuitionis modo per *actiones iudiciales*, non poterat *exceptiones* denegare. Imo si ipsa lex alicui non permittat agere quod canones interdicunt excommunicatis, tamen ipsis iudiciali actione impetitis permittit se defendere et excipere, ne actor obtineat contra reum indefensum iniustam sententiam, ex *cap. 5 De excep. X* (II-15), et *reg. 71, iuris in 6:* « *Qui ad agendum* admittitur, est ad excipiendum MULTO MAGIS admittendus ». Quamobrem nonnullae exceptionis species sunt expresse a iure positivo comparatae, quasi remedium particulare ad facilius tuendam iustitiam in societate; quales sunt exceptiones, *De restitutione spoliatorum, De praescriptionibus*, quas inferius exponemus. Praeterea in *reg. 20 iur. in 6.* reo permittitur unam actionem pluribus exceptionibus impugnare; scilicet: « *Nullus pluribus uti defensoribus prohibetur* », et l. *Nemo prohibetur*: ff. *De except.* decernitur « *Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint* ».

§ 1. *De mutuis petitionibus.*

Summarium. — 172. Quid sint mutuae petitiones. — 173. Quando mutua petitio seu reconventio sit necessaria — 174. Non admittitur reconventio reconventionis. — 175. Quando habeatur cumulus actionum. — 176. An actiones cumulare permittatur iure can. — 177. Discrimen quod intercedit inter actionem et exceptionem. — 178. An excommunicato liceat reconvenire. — 179. In summa, omnia media impugnationis actori vel reo competentia reducuntur ad *actiones;* media defensionis reo vel actori comparata, *ad exceptiones.*

172. Mutuae petitiones iure romano - *conventio et reconventio* - vocantur, quibus fit ut reus vicissim aliquid ab actore obtinere nitatur. Ecce enim, si emptor petat rei traditionem et venditor vicissim petat pretii solutionem, vel si Caius petit a

Titio, titulo venditionis, 1000 libellas et Titius alio titulo 100 petat a Caio, *primo* reus convenitur ab actore, *secundo* actor a reo reconvenitur, nempe altera actione; unde mutuae petitiones sunt: « *Conventio ex parte actoris et reconventio ex parte rei, qua hic vicissim, coram eodem iudice, in eodem iudicio, aliquid petit ab actore ad destruendam vel minuendam vim petitionis actoris* ». Exinde patet, quomodo reconventio ex parte rei non sit *exceptio*, sed proprie sit *actio:* exceptionis enim est DIRECTE impugnare valorem actionis; veluti si reus excipiat, ad contractum impugnandum, se ex metu, dolo contraxisse: reconventionis contra proprium est INDIRECTE actionem tangere, ita ut, non negato titulo petitionis, tamen petitio non integrum assequatur effectum ob actionem a reo oppositam, ex integro vel ex parte elidentem *executionem* intentionis actoris. Quocirca reconventio non intendit infirmare aut retundere actionis titulum, sed potius eiusdem executionem. Quia quamvis iudex admittat in sententia intentionem actoris, tamen eius executionem limitat et coarctat ob mutuam rei petitionem, qui postquam probaverit suam reconventionis instantiam, aliquid ab actore obtinet; veluti fit in compensatione.

Sensu vero improprio *reconventio ex parte* rei solet vocari *exceptio reconventionalis*, quia lato sensu omnis defensio *exceptio* dici potest; sed haec est locutio minus propria et aequivocationibus ansam praebet.

173. In nonnullis actionibus subest *necessaria* reconventio, nimirum in actione *finium regundorum* instituta ad fines determinandos; in actione *familiae herciscundae* ad bona hereditaria inter heredum personas dividenda; et in actione *communi dividundo* ad quamcumque aliam bonorum communionem dividendam. In istis enim iudiciis, actionem instituens est actor contra conventum, sed reus conventus, vicissim, est actor contra actorem; quia ex. gr. non dividitur as familiaris iudicialiter, nisi quisque ratam partem obtineat, omnibus aliquid petitum con-

cedentibus et aliquid petitum obtinentibus. Ratio est, quia in istis actionibus adest commune iuris vinculum, ex quo alicuius rei communis seu hactenus non divisae consortes mutua inter se obligatione adstringuntur ad petitam divisionem legitimo modo admittendam. Istorum actionum iudicia, in quibus actor est simul, sub diverso aspectu, etiam reus, et reus est insimul actor, dicuntur *duplicia,* quae iudicia in actionibus supramemoratis sunt *necessario* duplicia seu reconventionalia.

In aliis reconventio non est *necessaria*, sed *opportuna*, quippe quae efficit ut coram eodem iudice, uno solo iudicio, duae actiones iudicialiter absolvantur, et maxime in executione evitentur inutiles circuitus operatâ vi sententiae vel iurium compensatione, vel eorumdem faciliore seu commodiore executione.

174. Verum non admittitur *reconventio reconventionis*, ne nimis implicata evadat causae tractatio, « cum in multis iuris articulis infinitas reprobatur »; uti advertit *cap. 3, De rescript. in 6* (I, 3); item cf. *eiusdem tit. cap. 3.* — Hoc cum communi expresse docent Reiffenstuel, *tit. De mut. petit.*, et Devoti, *Inst. can. tit. De mut. pet.,* et Pellegrini, *op. cit. Part. II, Sect. I, Intersect. VI, 3.*

Actori competit legitima defensio, uti par est, adversus mutuam rei petitionem et quodcumque exceptionis genus, prouti suggerat casus; sed novam instaurandi actionem reconventionalem ius non competit. Siquidem, uti notat Devoti *l. c. n. 3*, « *mutuae petitionis finis est compensatio* », quae invocatur a reo adversus petitionem actoris, eidem opponendo aliam actionem *mutuam* seu ordinatam in scopum defensionis. — Iurium compensatio decernitur in sententia iudicis.

Actori vero non in via *reconventionali* sed sub initio iudicii permittitur aliquando plures cumulare actiones. Quomodo hoc fieri possit, dilucide explicandum est.

175. *Cumulus* actionum habetur, quando actor in libello litis introductivo non unam tantum petitionis causam sed plures

exponit. — Veluti Titius petit a Caio quamdam domum titulo hereditatis; item ab eodem equum, causa emptionis, nec non damni refectionem sibi illati ob male gestum mandatum procuratorium. In hoc libello tres habentur petitionis causae et *cumulus* actionum habetur adversus eumdem conventum, sed de diversis obiectis. Ast etiam de eodem obiecto plures actiones institui possunt, nec non de diversis obiectis contra diversos in eodem libello actiones coacervari seu cumulari possunt. Facile enim est intelligere, uno petitionis actu, aliquid pluribus de causis et unum vel plura, ab uno vel a pluribus peti posse.

176. Modo quaeritur: licetne, iure can., huiusmodi actionum cumulus? Ratio dubitandi est *lex - Quod in herede* § *Eligere ff. De tributaria actione*, ubi edicitur: « *Eligere quis debet qua actione experiatur; utrum de peculio an tributoria, cum sciat sibi regressum ad aliam non futurum* ». Alibi eadem exprimitur dispositio.

Sed haec est exceptio, nam iure can. non secus ac rom. iure, *arg. l. 11, ff. De iurisdict.*, regula generalis est, posse plures actiones cumulari adversus eumdem vel diversos, *dummodo actiones non sint inter se contrariae aut contradictoriae.* — Haec communis canonistarum sententia est. — Ratio repetitur a publico bono, vitandi nimirum inutiles litium circuitus et ambages. « Permittitur (ait Schmalzg. *tit. De obl. tit. n. 9*), hoc in favorem dirimendarum litium et facilius producendarum ad exitum; frustra enim fit pluribus iudiciis, quod uno absolvi potest ». Hoc maxime observatur in foro eccl. ex recepta praxi, ratione aequitatis: cf. Zallinger, *Inst. iuris Eccl. Lib. II, Tit. III, § 84.*

Sed diximus *dummodo actiones non sint inter se contrariae aut contradictoriae;* iuxta adagium, contrariorum eadem est ratio, quare uno posito contrariorum, necessarium est alterum removeri. — In quod propositum Reiffenstuel, *tit. 12, lib. 2, X, n. 268* hac regula constringit communem DD. sen-

tentiam, nempe: « *Ubi plures sunt actiones non contrariae et quae electione non tolluntur, et in quarum prima, sententia absolutoria lata non parit exceptionem rei iudicatae in secunda, ibi admittitur cumulatio* ».

Re quidem vera cum primis 1) actiones contrariae simul instaurari non possunt; veluti si quis petat hereditatem *ex intestato* et *ex testamento;* vel petat matrimonium nullum declarari ex capite consensus *liberi* conditionati, et ex capite *metus* gravis. Siquidem altera probata, necessario altera removetur. — Nam qui petit ex testamento, fatetur testamentum rite factum esse et hinc salva bona fide, non potest simul hereditatem petere ab intestato; quare hic est casus, quo debet actor eligere actionem qua experiatur, cum sciat ad aliam sibi regressum non futurum.

Sed pro praxi advertatur, vitari posse necessitatem electionis, et insimul in libello coacervari actiones, de se contrarias, quando actor nec in una nec in altera fundet suam intentionem, sed in utraque *subordinate*, adeo ut si una probari non possit, ad alteram pateat regressus. Ita in causa matrimoniali quis potest contendere matrimonium esse nullum aut ex capite metus aut ex capite consensus conditionati, quando ipse intendat *subordinate* matrimonium nullum probare aut ob consensum metu extortum; aut saltem ob consensum sub conditione praestitum, quae exitum non habuit. — Ea contra sibi ad aliam regressum clauderet qui, exempli causa, fateatur se libere consensisse sub conditione; quamobrem ipsi de metu passo amplius licitum non est contendere.

2) Quoad secundam regulae partem qua cavetur, non posse cumulari duas actiones, *quarum altera est alteri praeiudicialis*, res per se patet; siquidem sententia absolutoria lata in una causa, parit in secunda exceptionem rei iudicatae. Ecce enim, risum moveret qui in libello litis introductivo postularet, se declarari clericum, et insimul expeteret, sibi adiudicari privile-

gium fori. Nam definitio primae quaestionis alteram absorbet, adeo ut, altera absoluta, quoad alteram habeatur res iudicata.

Sed huiusmodi *cumulus* competit *actori*. *Reo* autem exinde aperitur via coacervandi seu cumulandi plures mutuas petitiones seu *reconventiones*.

177. Et in hoc adest discrimen necessarium inter *actionem*, et *exceptionem;* quia cumulari non possunt actiones *contrariae*, possunt vero cumulari *exceptiones* etiam contrariae; arg. l. cit. ff. « *Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint* ». Siquidem actor agendo aliquid obtinere intendit, et hinc in petendo non potest sibi contradicere; e contra reus nihil petit, sed actoris instantiam removere contendit; quare asserendo etiam contraria, *unum* tantum intendit, nempe probare iniustam esse petitionem actoris. Cf. Reiffenstuel, *tit. De except. n. 16.*

178. In ampliorem declarationem notionum modo explicatarum, praestat quae de exceptionibus, mutuis petitionibus et cumulo actionum, docuimus, applicare quaestioni, an et quomodo excommunicatus hisce mediis iudicialibus uti valeat. — Excommunicatos in iudicium conventos posse omnigenis et pluribus exceptionibus uti, exploratissimi iuris est: est enim modus defensionis. Reiffenstuel *l. c. n. 18* negat absolute, excommunicatum reconvenire posse, quia *reconventio* est *actio* et agere excommunicatis interdicitur. — Schmalzg. *in tit. De iud. n. 34* distinguit inter reconventiones *connexas* cum petitione actoris, et *non connexas. In primis* ait admitti excommunicatum ad reconventionem, *non in secundis,* quippe non habetur in istis ratio necessariae defensionis. — Verior videtur haec secunda opinio et in praxi tenenda, quia est magis canonicae aequitati consona et ipsi notioni reconventionis. — Veluti si mandans actione *directa* mandati conveniat procuratorem qui in excommunicationem lapsus est, incivile est negare excommunicato actionem mandati *contrariam*, quae petitioni actoris est ita connexa, ut man-

dans ius non habeat sibi exigendi a procuratore res suas, nisi ei reficiat expensas et damnum, seu respondeat actioni mandati confrariae. Ex adverso si excommunicatus vellet agentem ex petitione hereditatis, reconvenire ex titulo emptionis, nempe ex alia causa, sane haec reconventio denegatur excommunicato, quia non est necessaria defensio; tum enim excommunicatus foret actor *voluntarius*. Cf. Pirhing, *tit. De iud. n. 39* qui huic sententiae adhaeret. Caeterum ipse Reiffenstuel *l. c. n. 3* asserit, reconventiones non esse simpliciter conventiones, sed speciem induere defensionis (1). Quare non videtur congruum quod hic doctor neget excommunicato reconventionem, quando etiam est modus necessariae defensionis. — Hoc expresse decernit *cap. 5 De excep. X* (II, 25), iubens concedi excommunicatis copiam necessariae defensionis, dummodo « *quod in defensionis remedium sustinetur*, *ad impugnationis materiam* (non) *extendatur* ».

179. Hactenus de actionibus et exceptionibus *in genere* consideratis.

Interim actionis, reconventionis, et cumuli actionum exposuimus naturam et usum, adeo ut concludere liceat ea omnia in iudicium a partibus allata reduci ad genus actionis aut exce-

(1) Quoad negotium reconventionis, modo advertatur dispositio cap. 6, *De arb.*, *X* (I, 43), ubi praescribitur, arbitrum non habere potestatem iudicandi de iis non comprehensis in compromisso; ideo coram eo fieri non posse *reconventionem*. — Quod intelligi debet de *reconventione non necessaria*; de *necessaria* enim quae subest in iudiciis duplicibus *familiae herciscundae* aut *finium regundorum* aut *de communi dividundo* arbiter suum laudum proferre valet. Cf. Arndts-Serafini, *Pandette* § 99. — In aliis reconventionibus *non necessariis, arbiter* caret potestate; non vero *iudex delegatus* qui, ex cap. 1, *De mut. pet. X* (II, 4), compellit actorem ad respondendum reo in causa reconventionis; et utramque causam *ordine successivo* simul audiet et una sententia terminabit. In istis reconventionibus *non necessariis* una causa ab alia non absorbetur; sed utramque oportet *disiunctim* agitare, at *una* sententia terminare.

ptionis, si exceptio large sumatur, prouti comprehendit quamcumque speciem defensionis. Reconventio enim est rei mutua *actio* seu petitio. *Actiones* vero cumulare, si nihil cumulationi obstet, competit actori; et hinc *reconventiones* cumulare est proprium rei. — Quocirca superest ut de actionibus et exceptionibus in *specie* agamus.

Caput I.

DE ACTIONIBUS IN SPECIE.

Huc referat. tit. 35, lib. I.

Summarium. — 180. Actiones suam speciem desumunt a iuribus quae tuentur; unde duo suprema prodita sunt actionum genera. — 181. De fontibus actionum realium. — 182. De fontibus actionum personalium, — 183. Quaenam et quomodo dicantur actiones *mixtae*. — 184. Quaenam actiones sint *privatae*, quaenam *populares*. — 185. Nonnullae actionum species proditae sunt iure romano quae hodie vim habent distinctionis tantum doctrinalis. — 186. Specialem merentur explicationem actiones *petitoriae* et *possessoriae*.

180. Actio *civilis* habens pro obiecto iura quae defendit in iudicio, suas species ab ipsis iuribus desumit. Actio *criminalis* persequens crimina ex iisdem in diversas species dispescitur (1).

Iura *civilia* quibus nempe privati cives fruuntur, sunt vel *realia* seu *in rem*, nempe attingentia certam determinatam rem; vel *in personam*, quatenus unum civem alteri obligant ad ali-

(1) De utilitate, imo necessitate notitiae actionis haec Zallinger habet l. c., § 78, n. 6: « Notitia actionum pro foro etiam ecclesiastico perquam necessaria est; etsi enim, ut Pontifex inquit, *c. 6*, *De iud.*, de solo nomine actionis non sit laborandum, neque subtiliter inquirendum, cuiusmodi actio intentetur, tamen res ipsa explorata et ob oculos posita esse debet, ne litigantes in incertum vagentur et a recta via abduci se sinant; quod facere solent astuti adversarii, qui actorem ab una proposita causa ad aliam eidem minus commodam abstrahunt ». Dein scite addit, plures Decretales et PP. Constitutiones non intelligi nisi actionum notio et potissimae divisiones cognoscantur, et addere debuisset, omnes canonistas antiquiores et iuristas omnes esse intellectui impervios, nisi haec doctrina addiscatur.

quid faciendum, praestandum (1). Relationes enim *iuridicae* omnes, vel nobis immediate aliquam *rem* certam adstringunt, vel aliquam personam devinciunt ad aliquod factum ponendum in nostram utilitatem. — Unde ius *reale* seu *in rem*, est illud quo aliqua res nostra est; ius *in personam* seu obligatio, *est iuris vinculum quo alius nobis obstringitur ad aliquid dandum, faciendum, praestandum;* ex *l. 3 ff. De obl. et act.* — Non secus obligatio definitur a Iustiniano, *Inst.* (III, 13): « *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura* ». Sed haec postrema verba designant obligationem *civilem*, nempe recognitam et defensam a iure civili; quae verba si demantur, remanet conceptus obligationis *iure naturali* consistens, abstrahens a defensione ei concessa vel negata *a iure civili* (2).

Proinde duo prodita sunt actionum suprema genera, nimirum actiones *reales* seu in rem; *personales* seu in personam (3).

(1) Cl. Ruggeri, l. c., § 1 docet, rectam esse appellationem *iurium realium vel iurium in rem aut in re;* quum nonnulli autument haec iura appellanda esse *realia*, sed non *in rem*, aut *in re*.

(2) Homo iuris *subiectum* est; res vero quatenus ad hominis patrimonium se referunt *obiectum* iuris fiunt. Exinde iuribus, *obiective* ita inspectis, nomen *patrimonialium dari* solet, et haec *patrimonialia* iura dividuntur in *iura realia* et *iura obligationum*.

(3) Cl Ruggeri, op. cit., l. c., probabilibus argumentis demonstrat, hanc distinctionem actionum non esse omnino *necessariam*, videlicet non esse repetendam ab ipsa obiectorum natura, sed potius a iure positivo. Nam actio, uti iam docuimus, semper continet intentionem et vim defensionis, quam si agatur de iure personali, experimur adversus illam personam nobis obligatam; si de iure reali, adversus quoscumque experimur qui liberum exercitium aut pacificam possessionem rerum nostrarum nobis impediunt. Nam iudicia etiam realia semper agitantur inter duos cives, quorum alter alterius intentioni satisfacere debet. Nihilominus iure meritoque Romani, perspicuitatis gratia, in duas classes supremas, actiones deduxerunt, et hoc apprime respondet philosophiae iuris rerumque naturae. — Hinc rite advertit Maynz (*Cours de droit romain I. 76, observat. 2*) negativam esse

— Audiatur Iustinianus (*Inst. IV, 6*): « Omnium actionum..... summa divisio in duo genera deducitur; aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex maleficio; quo casu proditae sunt actiones in personam per quas intendit, adversarium ei dare vel facere oportere, et aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo iure obligatus est; movet tamen alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditae actiones *in rem* sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor, dominum se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est ». Idem exprimit Ulpianus in *l. 25. ff. De obl. et act.*: « Actionum duo genera sunt: in rem quae dicitur *vindicatio;* in personam quae *condictio* appellatur ». *Vindicare* enim significat, aliquam rem, uti suam, asserere »; « *condicere*, ait Iustinianus (*Inst. IV, 6,* § *15*), *enim est* denuntiare prisca lingua » seu expetere ut aliquid fiat.

181. Intentio actionis realis, qua contendimus aliquam rem nobis adiudicare, et uti nostram tueri, spectat ad relationes iuridicas nobis *res* immediate devincientes; quadruplici ex fonte nobis derivantes:

1) ex rerum dominio;

2) vel ex iuribus nobis comparatis in rebus alieno dominio obnoxiis, seu ex servitute, pignore, hypotheca;

3) ex iuribus hereditariis;

4) ex iuribus familiae et status.

De hisce postremis iuribus aliquid innuendum est. — Cum primis, actiones in iura familiae et status *praeiudiciales* appellantur, nempe secumferunt *praeiudicium,* quippe persequuntur aliquod ius pluribus aliis praevium et fundamentale, quod si

notionem *actionis in rem,* quum *actio in personam* prodita sit pro iuribus obligationis, ad quae constituenda necessaria est alia persona; pro ceteris omnibus iuribus datur *actio in rem.*

abiudicetur vel asseratur sententia iudiciali, haec, respective, iam praecontinet sententiam negantem vel affirmantem iura consequentia. Huiusmodi sunt actiones in iura status et familiae, et hae accensentur actionibus realibus, ait enim Iustinianus (*Inst.*, *l. c.* § *13*): « ...... *praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur an liber vel libertus sit vel de partu agnoscendo* » (1). Ut ecce, actione praeiudiciali quaeritur an quis clericus sit, an filius sit legitimus. Sed etiam aliae quaestiones statum et familiam non respicientes sunt *praeiudiciales,* quibus nempe quaeritur aliquod ius declarari; utputa aliquod instrumentum uti authenticum iudicari; cf. Gaium, IV, 44.

Verum Iustinianus ait de his: « *actiones in rem esse videntur* »; quia reapse admodum distant ab obligatione et a iure reali, quum hac actione instantes neque aliquid petant ab alio, neque rem aliquam sibi vindicent, sed intendunt aliquod ius declarari. — Tamen proprius accedunt actionibus realibus; et hinc hisce commode descriptae sunt.

182. Actiones e contra personales non secus ac obligationes quas tuentur, originem habent ex contractu, vel ex quasi contractu, ex delicto vel ex quasi delicto, vel immediate ab ipsa legis dispositione. — In contractu vel quasi contractu habemus factum hominis *licitum*, fontem obligationis; factum vero *illicitum* in delictis vel quasi delictis obligationem parit. Et in his, obligationis fundamentum *immediatum* est ipsum factum hominis licitum sive illicitum; *mediatum* autem lex quae obligationem efficit civilem eamdemque *actionis* praesidio munit (2). At non-

(1) Actio de partu agnoscendo, competit filio contra patrem negantem se esse patrem, aut patri contra filium negantem se esse filium; item dari potest fratri contra fratrem, cognato contra cognatum, si neget se fratrem, se cognatum esse.

(2) Nos non latet, inter interpretes iuris romani pacificum non esse an admitti debeant tantum quatuor fontes ordinarie recensiti, nempe con-

nulla facta hominis non continentur in aliquo ordine supra recensito, sed extra vagantur; tamen lex disposuit ex illo facto aliquem alteri obligari ad aliquid faciendum, praestandum. Veluti si quis in fundo suo aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutet, unde in fundo alterius damnum timeri possit, utputa ruina aedificii, lex domino istius fundi prospexit ei comparando remedium *nunciationis novi operis* quo alius obligatur ad supersedendum ne ulterius producatur novum opus; et interim novum opus denuncians, tempore utili, probare debet sibi reapse damnum exinde fieri aut imminere. — Haec vero obligatio, oriens ex legitime denunciato novo opere, sane immediate repetenda est ex positiva legis dispositione, quamvis necessarie subaudiat factum hominis.

183. Dein inquirendum est quotuplici sensu nonnullae actiones dicuntur *mixtae:*

tractum et quasi contractum, delictum et quasi delictum; vel an etiam addendus sit quintus *fons*, videlicet *lex*. Gaius hoc videtur aperte inculcare in l. 1, ff. *De obl. et act.* aiens: « *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* ». Nonnulli interpretes opinantur non haberi praeter quatuor ordinarios fontes alium obligationis quintum fontem, nempe legem, quia lex obligationes semper *mediate* producit, *immediate* vero aliquod hominis factum licitum sive illicitum. Verum magis placet sententia illorum qui autumant, etiam iure romano, aliquando obligationes *immediate* oriri ex dispositione legis. Inquam - *iure romano* - nam modo quaestio est de iure *constituto*; quo nonnulla facta quae non recensentur inter contractus aut quasi contractus, delicta aut quasi delicta, tamen, iubente lege, aliquam pariunt obligationem. Ita opinantur cl. Ruggeri, *op. cit.*, *cap. II*; et Serafini, *Inst. di diritto rom.*, § *100*, § *157 seq.*; Arndts-Serafini, *Pandette*, 331. — Re sane vera in facto licito contractus vel quasi contractus, habetur consensus expressus vel praesumptus aut fictus ad gignendam obligationem, in facto illicito dolus notatur aut culpa; in aliis factis vero nullus consensus habetur neque a lege *fingitur* seu *praesumitur;* nulla adest culpa, quare in his ad obligationem constituendam viget *immediata* legis dispositio. — Idem praecipitur Cod. Civ. Gallico, art. 1101, 1370, et Cod. Ital., 1097.

1) Actiones *mixtae*, quas memorant canonistae in titulo *De libelli oblatione*, lib. II, X, tit. 3, iuxta praescriptiones iuris romani, sunt comparatae tum ad *rem* tum ad *poenam* persequendam; utputa in furem dabatur actio ad *rem* persequendam et *poenam*; nimirum ad obtinendum, citra indemnitatem, in poenam laesionis, *duplum* vel *triplum* vel *quadruplum* rei debitae, cf. *l. 22*, § *3*, *cod. De furt.*, et *Inst. Iust*, *IV*, *tit. 6*, § *10 seq.* — Huiusmodi actiones *mixtae* dicebantur, quia tum rem tum poenam persequebantur. Iure enim romano hae proditae erant contra delicta *privata* seu laedentia directe aliquem civem praecipue in bonis sui patrimonii, veluti furtum. Istae actiones iure canonico non amplius vigent, quia actiones criminales omnes effectae sunt *ordinis publici*, quae a privatis vel *civiliter* exercentur, nempe ad indemnitatem, vel *criminaliter* ad poenam persequendam non privato nomine sed vi publicae auctoritatis. Quare etiam in curiis, hodie criminalia iudicia instaurat ordinario Procurator Fiscalis.

2) Alio sensu *mixtae* dicuntur actiones seu *duplices*, in quibus vicissim et actoris et rei partem agunt contendentes, et sunt actiones necessario *reconventionales* iam expositae, prout docet *l. 37*, *ff. De obl. et act.*: « *Mixtae sunt actiones in quibus uterque actor est; utputa finium regundorum, familiae herciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi* ».

3) Demum quaeritur an *mixtae* actiones dari possint, quatenus coalescant elemento *personali* et *reali*, seu per quas agatur tum in personam tum in rem; veluti si quis ab alio petat rem suam et indemnitatem, seu quanti interest, rem ablatam non fuisse; quae actio videtur realis qua petit rem, personalis, qua instans indemnem fieri postulat. Hanc quaestionem ita movet Iustinianus (*Inst. IV*, *6*) aiens: « *Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, in rem quam in personam; qualis est familiae herciscundae actio... item finium*

regundorum ». Siquidem cum agitur ad aliquam communionem dividendam, videtur agi in *personas* sociorum ad obtinendum quod *suum* iam est iure condominii. De hac controversia agunt praesertim commentatores codicum civilium, quippe nonnulli codices enumerant actiones mixtas; alii excludunt (1). Codex Gregorii XVI saepius citatus, uti innuimus, *mixtas actiones* admittit.

Haec quaestio non est magni ponderis, maxime quoad praxim; sed, ob principia iam explicata, iuvat advertere actiones posse dici *mixtas*, quatenus adest petitio *duplex* seu composita utraque personali et reali actione, prouti si quis agat *unica instantia* ad rem repetendam et indemnitatem, exercet utramque actionem *uno iudicio;* et hoc sensu intelligendi sunt Codices admittentes, *practice*, actiones mixtas, quum verborum et rerum pressius considerata proprietate, deberet dici *instantiam* unam esse, sed mixtam duplici actione personali et reali. Hoc sub respectu actiones *familiae herciscundae; finium regundorum; communi dividundo*, Iustiniano (*Inst. l. c.*), « *mixtam causam obtinere videntur* »; et Ulpianus habet *l. 22*, § *4. ff. De famil. herciscunda:* « *Ex duobus constat; idest rebus et praestationibus*, quae sunt personales actiones ». — Si vero species desumenda sit ex praecipuo elemento, hae viderentur appellandae potius *actiones personales;* quippe instituuntur potissimum cum intentione personalis actionis.

184. Actiones insuper distinguuntur in *privatas* et *populares* seu publicas. *Privatae* sunt quae privatorum civium iura tuentur; *populares* ita definit Paulus *l. I, ff. De prop. act.* (47, 23): « *Eam popularem actionem dicimus quae suum ius populi tuetur* ». Quare huiusmodi actiones civibus incumbunt non ad sua sed ad publica iura tuenda. Hinc in *l. 7, h.*

(1) Cf. Mattirolo, op. cit. Noz. prelim., § 24, et Saredo, Op. cit. V. I, n. 218.

t. § *1*, advertit Paulus: « *Item qui habet has actiones non intelligitur esse locupletior* », quia non sunt comparatae pro iuribus civium patrimonialibus sed pro defensione publicarum legum seu publici boni. Quamvis non excludatur quod aliquando *secundarie* et *indirecte* vergere possint in agentis privatam utilitatem. — Popularis actio ad accusandum delinquentem seu *popularis accusatio* viget ubi relativum poenale systema obtinet nec *populari* fuit surrogata *publica accusatio* Procuratoris Fiscalis, prouti iam expositum fuit. Iure can. potius *mixtum systema* obtinet, quia de iure communi popularis accusatio non expuncta fuit. Quaedam species popularis accusationis adhuc incumbit fidelibus quoad causas matrimoniales ex *Tit. 18*, *lib. IV*, *X:* « Qui matrimonium accusare possunt vel contra illud testificari ». Item populari actione denunciandi sunt, impediti ad sacros Ordines suscipiendos.

185. Ad haec, iure romano, aderant plures aliae actionum species, quae sedulo diversis nominibus enumerabantur et distinguebantur. Non enim poterat obtineri iudicialis defensio nisi nomen distinctum et proprium actionis proponeretur. Diligenter has omnes actionum species explicat Maschat (*in lib. IV Inst. Canon.*); et hae scitu perutiles sunt, non tantum ad intelligentiam iuris comm. rom., sed etiam pro usu forensi, quum passim soleant invocari. — Nam in foro ecclesiastico huiusmodi distinctiones inserviunt ut diversis nominibus distinguantur speciales actiones, sed a iure positivo can. non attenditur proprietas nominis, sed rerum substantia et veritas; prouti iussit Alexander III in *cap. 6*, *De iud. X* (II, 1), praescribens: « Provideatis attentius ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem, secundum formam canonum et Sanctorum Patrum instituta, investigare curetis ».

186. Sed divisionem actionis in *petitoriam* et *possessoriam* praetermittere non possumus, ob relativos conceptus. Nam *pe-*

titoria actio ea dicitur quae ius reale dominii persequitur; *possessoria* vero habet pro obiecto tuitionem possessionis; et distinguitur a petitoria uti dominium necessario discriminatur a possessione. Quocirca notionem possessionis et dominii modo exponere praestat. De his actionibus habetur titulus 12 in lib. II, X, inscriptus « *De causa possess. et propriet.* ». Intentio tituli est loqui de possessione quae peculiari fruitur iuridica tuitione, quaeque sine proprietate esse potest, ab eaque distinguitur, quapropter cum primis proprietatis conceptum quam brevissime exponemus.

§ I. *De causa proprietatis et possessionis.*

Summarium. — 187. Traditur notio proprietatis. — 188. An admittatur duorum dominium in solidum. — 189. Notio possessionis. — 190. Definitio possessionis. — 191. An publica auctoritas factum possessionis publica tuitione aut vi iuridica muniat. — 192. Haec inquisitio fieri potest *de iure constituendo*; et *de iure constituto.* — 193. De iure constituendo ratio naturalis dictat, factum possessionis mereri legis tuitionem. — 194. Inquisitio de iure constituto eccl. initium sumit a iure Romanorum. — 195. Ius romanum excepit genuinam possessionis notionem eamque ampliavit. — 196. Duo elementa *animi* et *corporis* necessario requiruntur ad possessionem acquirendam et retinendam, adeo ut altero resoluto, possessionis actus resolvatur. — 197. De subiecto et obiecto possessionis iure rom. et can. — 198. Ratione obiecti introducta fuit *quasi possessio* iurium..

187. Proprietas seu dominium est « *ius de re corporali disponendi, utendi pro libito cum aliorum exclusione* ». Dicitur

1) *de re corporali,* quia sunt obiectum dominii res corporales, utputa fundus, currus. - Res vero *incorporales*, veluti credita, hypothecae, servitutes quae in nostro patrimonio sunt, proprius dicuntur *iura.* Ex his, servitutes sunt *iura in re aliena*, seu in re alieno dominio obnoxia, unde afficiunt ipsum

ius dominii limitando eius liberum *exercitium*. Distingui enim apprime debet ipsum *ius* dominii, quod iure naturali continetur neque ulla humana lege inductum fuit, ab illius *exercitio*, quod lege naturali non iubetur et multo minus ad certam formam determinatur. Siquidem homines civilem societatem constituentes valent renunciare privato exercitio iuris dominii et bona in communem usum distribuere (1). — Potiore iure constitutae sunt servitutes, quae limitant dominii usum, sed ipsum dominium non scindunt, uti eleganter exprimit *lex 25, ff. De verb. signif.*: « quia ususfructus non dominii pars sed servitus sit, ut via et iter, nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse .... » (2)

2) *disponendi;* seu ipsam rem apud se retinendi eo modo quo libet, vel alienandi, vel etiam immutationes seu diversam

(1) Maxime interest distinguere *ius dominii* ab eius *exercitio*, ad reicienda sophismata *socialismi* et *communismi*. Huiusmodi enim systematis fautores asserunt *dominii ius* non esse a natura hominum comparatum, sed prodiisse a constitutionibus politicis. Hinc notant apud antiquiores populos antea inveniri formam *communionis* bonorum, postea *proprietatis*. — Sed cardo quaestionis est an huiusmodi *communio* excludat *ius dominii*. Iamvero in hisce bonorum communionibus, quae inveniuntur in exordiis vel gentis humanae vel cuiusdam populi, habetur *dominium collectivum;* quod residet apud singulos, cuius *exercitium*, ob non habitam bonorum divisionem, se extendit ad omnia bona obnoxia usui illius gentis. — Ita etiam, partim, factum esse invenimus in historia populi romani; quamvis *ius dominii* nulla lege aut statuto inductum sit. — De gente Germanica et Slava item advertendum est. Cf. Tacit. *c. 26*; et Iul.-Caesar. *De Bello Gallico, IV, 1; VI, 21-22;* et Alfred. Sudre *Histoire du Communisme ou Refutation historiques des utopies socialistes.* Bruxelles 1850; et Laurent *Etudes sur l'histoire de l'humanité, T. II,* et Divum Thom. *Quaest. Disput. De Malo, q. XIII, a. 1, - De Veritate, q. VII, a. 7.*

(2) Quare admodum impropria est distinctio in dominium *directum* et *utile; plenum* et *minus plenum;* quia unicum et individuum est ius dominii, et dominium *utile, minus plenum,* utputa in emphyteusi, non habetur, sed *ius in re aliena.*

aut contrariam formam inducendi, unde quis sua re *uti*, et *abuti* potest, iuxta *l. 28*, § *Consuluit. ff. - De petit. hered.* — *Abuti* vero hic significat consumptionem seu destructionem, non rei turpem abusum domino permitti;

3) *utendi*, seu in suam utilitatem convertendi fructus et quodcumque aliud commodum a re profluens, aut eidem accedens. Res enim censetur domino subesse cum omnibus suis accessionibus;

4) *pro libito*, siquidem, « *Unusquisque est rei suae moderator et arbiter* » (*l. 21*, *Cod. Mandal.*). Videlicet dispositionem vel usum suae rei ipse dominus pro suo arbitrio moderatur et determinat, non lex publica, secus destrueretur ius dominorum et haberetur *socialismus* aut *communismus*. - At hoc non prohibet quominus exercitium iuris dominii cohibeatur;

a) *a civili consortio*, quod iubet dominum ita sua re uti, ut non laedat alterius civis ius naturale sive civile, nempe ius a civili lege inductum aut saltem recognitum et defensum. - Inquam - *ius* - nam quis obiicere non posset *suum commodum* ut me prohiberet ab aedificando in meo fundo, unde ei amoenus minuitur prospectus;

b) *a voluntate domini*, qui alteri in sua re ius concesserit, puta usumfructum, et alia huiusmodi;

c) *a lege positiva*, quae pro bono publico civibus aliquid vetat facere, ex. gr. domos altius tollere vel aliquid facere praecipit, veluti certo modo agros excolere, vel etiam iubet, certis sub conditionibus, dominos rem suam communitati alienare, ipsis tamen tributa congrua indemnitate (1).

(1) Inde habetur in bona civium *dominium eminens* societatis civilis, quod reapse non est *dominii ius*, sed auctoritas socialis qua bona privata cum bono publico componuntur. Ita *dominium politicum* in territorium et incolas est potestas iurisdictionis; uti *dominium Dei* in res et personas est Eius suprema potestas omnia et omnes sibi subdens in omnibus. Sed haec iura discrepant a iure proprietatis a nobis explicato.

5) *cum aliorum exclusione,* nam dominii est, rem aliorum dispositioni et usui subtrahere, et domino ita tribuere, ut eius *propria* sit; unde *dominium*, etiam *proprietas* appellatur.

188. Hinc haberi non potest, duorum vel plurium dominium in solidum, nempe eiusdem rei; prouti Ulpianus docet in *l. 5, ff. Commodat.: « Duorum quidem in solidum dominium vel possessio esse non potest ».* Sed plures eamdem rem *pro indiviso* habere possunt; tunc locum habet *condominium*. - Exinde quisque *condominus* potest rei suam partem *indivisam* alienare, vel petere, per actionem *de communi dividundo*, rei communis divisionem. — Haberetur autem *dominium collectivum*, si neque *intellectualiter partes* concipiantur *iuridice distinctae*, sed pluribus competat eiusdem rei usus non *exclusivus;* prouti fit in bonis obnoxiis dominio alicuius societatis: cf. D'Annibale, II, nn. 112-475.

189. Modo dispiciamus de notione *possessionis*.

Ius dominii, de se, est *quid spirituale* uti cetera iura; fit *externum phisicum* factum per cives hoc ius praeseferentes et exercentes; unde dicimus dominos rem suam *possidere*, quando eadem libere utuntur; si vero a re sua prohibeantur, dicimus eos a *possessione* rei suae fuisse prohibitos. — Item vulgo quis dicitur possidere *servitutem* quam exercet in fundo alterius; et uno verbo dicuntur *possideri* eae res, quae subsunt liberae alicuius dispositioni. Quare possessio in communi eloquio exprimit *factum phisicum*, et ipsum vocabulum hoc expresse sonat, nam « possessio appellata est, ut Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχὴν dicunt ». Ita Paulus in *l. 1, pr. ff. De acquirenda vel amitt. possess.* (1). — Iamvero homines non dubitant ali-

(1) Cl. Ruggeri in Op. *Il possesso e gl' Istituti di diritto prossimi ad esso, Firenze 1880,* notat idiomata antiquiora et hodierna exprimere factum possessionis per vocabulum significans hominis activitatem in rem

quem appellare certae rei possessorem, etsi non constet an et quale ius habeat in exercenda sua activitate in illam rem, sed *ipsum factum* a iure distinguentes eum habent possessorem, quia ipse in ea re insistit non fortuito, sed data opera et eo consilio ut res sibi tantum inserviat. — Haec notari sedulo debent, quia reapse prima figura possessionis reperitur et quasi detegitur in exercitio iuris, sed re intimius perspecta, ut notio possessionis intelligatur latius et intimius, debet distingui a relatione quam *de facto* habere potest et ordinarie habet ad ius; unde possessio non *in iure* sed *in facto* consistit.

190. Possessionem ita consideratam in sua ratione naturali recte definit cl. Ruggeri, *op. cit. I, 39* - aiens: « *Possessio est phisica rei detentio per quam homo activitatem suam super eamdem exercet exclusive et non momentanee* ». Dicitur

1) *physica rei detentio*, quia in possessione attenditur tantum relatio corporalis activitatis in rem, neque ratio habetur de iustitia vel iniustitia actus (1). Sufficit vero huiusmodi phisica activitatis relatio ut res dicatur *detineri;* licet corporaliter non *apprehendatur;*

2) *per quam homo activitatem suam exercet*, siquidem iste actus detentionis debet esse humanus seu volitus; quare si quis, vinculis alligatus, exerceat, excolat aliquem fundum, non dicitur fundum *possidere* seu *detinere;*

3) *exclusive*, quoniam nemo videtur possidere *aerem, pu-*

corporalem. Ita Graeci verbo εχειν adiungunt propositionem κατα, ut significent non simpliciter tenere (εχειν) sed possidere (κατεχειν). Latini verbo *sedere* particulam adiungunt ut fiat *possidere* seu detinere cum activitate; quae ratio servatur apud Gallos (posséder), penes Hispanos (poseer), penes Anglos (to possess) — Germani ex verbo *sitzen* conficiunt *besitzen*; et ex *zitten* Belgae *bezitten*.

(1) Nam « *in summa possessionis, parum interest, iuste quis an iniuste possideat* » *l. 3 ff. De acquir. vel amitt. poss.*

blicas plateas et *vias*, quibus omnes utuntur; sed ea nos possidemus quae nobis inserviunt, exclusis aliis, vel saltem possidemus pro ea parte et sub eo respectu, quo nobis inserviunt (1).

4) *et non momentanee;* possessio enim exprimit in suo conceptu quamdam stabilitatem; quare amicus fundum alterius ingressus ratione familiaritatis non dicitur fundum possidere. — Sed possessio actibus coalescit *suapte natura* stabilibus, qui tamen per *accidens* aliquando statim interrumpuntur; et planum est.

Iste videtur genuinus possessionis conceptus iuxta rationem naturalem; prouti huiusmodi possessionis factum distinguitur *a iure* cuius ordinario solet esse *exercitium;* at non semel absque iure aut etiam iuri adversum consistit. Huiusmodi est *positio facti* usque distincta a *positione iuris*, imo eidem aliquando opposita (2).

(1) Cl. Ruggeri *l. c.* § *40-41*, probat quomodo *usus* se latius protendat quam *possessio*, quia *usus* non est exclusivus, de se, dum *possessio* secumfert extraneorum exclusionem a re possessa. Sed aliquando ea *possidemus* quibus non *utimur*, utputa commodans *possidet* rem qua *utitur* commodatarius. — Tamen aliquando *usus* assumitur, pro possessione, uti in *usucapione*, ubi capere *usu* nil aliud est nisi capere *possessione*.

(2) Cl. Ruggeri *op. cit. l. c.* hanc tradit possessionis notionem postquam exploserit falsos conceptus hac de re inolitos post interitum epochae classicae romani iuris. — Graeci interpretes iuris Iustinianei, rati sunt elementum animi in possessione exquirere intentionem et persuasionem dominii, hinc dixerunt requiri *animum domini*. — In occidente Glossatores antea exponunt possessionis conceptum quasi sit simplex *rei corporalis detentio*, postea Bassianus a communi sententia discedens in possessione *ius* recognoscit, istam definiens « *ius quoddam rem detinendi sibi* ». Admodum placuit haec definitio; et postea magis explicata fuit, et definiri coepit possessio « *rei corporalis detentio, concurrente animi, corporis et aliquo iuris adminiculo* ». Haec definitio habetur passim apud canonistas. cf. Reiffenstuel tit. *De causs. poss. et propriet.* n. 4, eamdemque definitionem uti communem refert cl. Santi *eod. tit. n. 2*, sed eam explicat

191. Modo succedit quaestio: publica auctoritas quae omnia facta inter cives evenientia vel omnino uti prohibita punit et removere curat, vel uti legitima vel saltem permissa defendit; publica auctoritas quomodo se habet ergo hoc factum? Loquimur de *publica auctoritate*, nam inquirendum nobis est an publicae leges defendant *factum possessionis*, eique aliquam vim iuridicam impertiant.

192. Haec quaestio sub duplici aspectu agitari potest; nempe:

1) sub aspectu philosophiae iuris seu iuris constituendi;

2) sub aspectu iuris positivi iam constituti. — Advertatur, hasce quaestiones tot ac tantos habuisse tractatores et conclu-

ut excludat, ius a facto possessionis exoriri. — At est reprobanda, quia confundit ipsum factum possessionis cum effectibus iuridicis ei concessis a iure positivo a quo tantum promanant, non a facto possessionis. — Iuristae ex schola Gallica, Hollandica et Germanica qui superiore saeculo aut parum antiquiore aetate enixius incubuerunt studio iuris romani, videlicet Connanus, Cuiaccius, Duarenus, Donnellus, Voet, Vinnius ex Graecis mutuati sunt ideam possessionis seu *detentionis cum animo domini*, aut *affectu*, *cogitatione* seu *opinione dominii*. — Isti etiam non expresserunt ideam possessionis *genericam*, sed *speciem* possessionis ad *usucapionem*. Ineunte hoc saeculo celeberrimum exiit opus Savigny, *Das Recht des Besitzes*, a. 1803, quod merito summam obtinuit laudem et studium iuris romani maxime provexit. At in definienda possessione eiusque notione explicanda non omne obtinuit punctum; considerat enim possessionem uti *positionem facti* respondentem *positioni iuris* proprietatis; et hinc inducit *animum domini* seu *dominantis*, quamvis necessaria non sit *opinio* seu *cogitatio* dominii. — Sed huiusmodi notio possessionis est nimis angusta et non respondet illi possessioni cui Romani concesserunt *interdicta* et *vim usucapiendi*. — At tentamina tantorum virorum dum probant, vehementer difficilem et subtilem esse possessionis conceptum, item viam streverunt ad magis felicem quaestionis solutionem. Cl. Alibrandi, summus iurisconsultus Romanus in opere *Teoria del possesso*, huic laudi prope accessit, sed forsan propius Cl. Ruggeri, cuius sententias potissimum complectimur.

sionibus inter se ita dissidentes ut mirum sit hoc vulgare factum talibus implicari difficultatibus. — Verum non ultima harum dissensionum ratio fuit, quaestionem iuris abstractam confundisse cum inquisitionibus in ius positivum Romanorum; quod ius aliqui detorserunt in proprios conceptus possessionis philosophicos; alii ex institutis iuris romani, non bene intellectis. haurire conati sunt notionem possessionis abstractam.

Sed nec una nec alia via recte incedere poterant iuristae; siquidem hac etiam in provincia, plura edicere potest ius positivum, quae non continentur expressa iure naturali.

Revera factum possessionis, ex iure naturae, qua nudum factum nullum parit ius, nullam habet iuridicam tuitionem, et eatenus potest fieri factum iuridicum, quatenus est exercitium iuris (1). Sed tunc defensio datur *iuri* non *facto* per se inspecto; et nos quaerimus de possessione, qua factum est a iure distinctum, imo eidem aliquando oppositum, tamen a iure positivo recognitum et protectum.

193. At si ex se iura non parit possessio, tamen non est supervacanea inquisitio, an hoc factum postulet publicam recognitionem et tuitionem, adeo ut vel iura generare valeat, vel saltem actione iuridica defendi possit.

Cui quaestioni ita satisfaciendum videtur. — Publica auctoritas quae se substituit privatae civium auctoritati in tuitionem iurium singulorum, ita quemque tueri debet in pacifica suarum

(1) Ex dictis fluit solutio celeberrimae quaestionis; an nempe possessio *in iure* an *in facto* consistat. Visa est enim Bassiano et aliis, potius *in iure* quam *in facto* consistere possessio, quia ius gignit et quia in legibus aliquando memoratur *ius possessionis*, nempe - plus iuris habet qui possidet quam qui non possidet - ex *l. 2 ff. Uti poss.*, et quia nonnullae personae ius habent possidendi et *ius possessionis* in alios transferunt. — Sed contra dicendum est possessionem non *in iure* sed *in facto* consistere; iura enim parit non ex se sed ex tuitione extrinsecus ei concessa a lege; quare possessio est *factum*, sed evasit *factum iuridicum* dispositione legis. Cf. Ruggeri *op. cit.* § *73.*

rerum fruitione ut non permittat violentas fieri mutationes circa factum possessionis. Impetentes vero legitimitatem possessionis, sive possessionem sive rem possessam sibi vindicent, iudices adire debent, qui si petatur res; interim mutari non sinent statum possessionis; si de ipsa possessione controversia sit, curabunt eum in possessione tueri, quem constat vel adhuc possidere vel antea et diutius possedisse. — En ratio et fundamentum actionum possessoriarum in philosophia iuris.

Sed fateri debemus inde fluere notionem admodum indeterminatam huius iuridicae defensionis, quae ad certam speciem reduci non potest nisi a iure positivo. Siquidem eamdem rem plures sub diverso aspectu possidere valent; utputa pignus diversimode a domino et a pignoratario possidetur, ager possidetur etiam a colono qui agrum excolit nomine alterius, item commodatarius in rem commodatam suam exercet activitatem; sed quia ex. gr. commodans pro lubito eamdem sibi revocare potest, sane non desinit possidere. Quare tantum ius positivum potest decernere quinam ex duobus possessoribus praeferendus sit, an potius uterque sit admittendus ad iuridicam possessionis defensionem.

Praeterea quia expedit reipublicae litium occasiones amputare, et praestat, rerum dominia et iura semper incerta non manere, opportunum est, ipsi facto possessionis quod conditiones praeseferat adnexas legitimo exercitio iuris, tantam impertire vim, ut factum ipsum, post certum tempus, evadat titulus acquisitivus dominii aut iuris, quod exterius significabat, sed reapse, ex aliquo intimo vitio, non secumferebat: en suprema lineamenta instituti praescriptionis seu usucapionis ex iure constituendo.

194. Nunc convertenda inquisitio in ius constitutum canonicum. — Namque factum possessionis, *ex se*, nullum ius gignens, constituitur *factum iuridicum* ex dispositione *iuris* positivi; unde diversae iuris praescriptiones huic facto accedunt pro diversitate iuris constituti cuiusque civitatis.

Nos agentes de iure ecclesiastico, antea quid explicare de-

bemus de iure romano a quo initium desumunt et rationem decreta iuris canonici.

Iamvero iure romano institutum possessorium, non secus ac cetera instituta iuris privati, mirifice exactum fuit ad primigeniam eius notionem (1). Quamobrem ideam possessionis

(1) Infinitus pene est numerus Doctorum, qui de fundamento tutelae iuridicae possessionis disseruerunt, et inde magna opinionum discordia. Potiores sententias enumerabimus. Accursius, Glossator, opinatus est possessionem defendi, quia possessio inducit praesumptionem dominii, quippe possessor praesumitur iuste possidere ob ius proprietatis. — Hanc opinionem secuti sunt Doctores e schola Gallica et etiam in Italia usque ad nostros dies plures prosecuti sunt tractatores; cf. Bonamici, *Archivio Giuridico, IX, 410 seq.* - Savigny (op. cit. quod consuli potest in versione italica exarata a Conticini Advocato), recte perspexit fundamentum possessionis non posse inveniri in ipso possessionis facto, sed exterius quaerendum esse; quod ille reposuit in necessitate sociali defendendi factum possessionis a violentiis et perturbationibus, adnotans interdicta iuris romani habere potissimum rationem actionis criminalis. — Et in hoc a veritate deflexit, quia huiusmodi interdicta spectant ad possessionis defensionem citra criminis animadversionem; et factum possessionis defendere intenderunt etiam nullo urgente periculo turbarum aut violentiae. At sententiam Savigny plures secuti sunt et paulisper in aliam formam detorserunt, salva eius substantia, uti docet Milone op. « *Il possesso delle cose e dei diritti* » *cap. 1*, § *2*. Quia haec placita non undequaque rem confecerant, in Germania plures scriptores e schola Hegeliana iterum in ipso *facto* possessionis inquisierunt *ius* defensionis; et inter alios praestat recolere opinionem Ihering (in celebri op. « *Ueber den Grund des Besitzesschutzes* » italice reddito a Forlani) qui putat, possessionem defendi debere *qua dominii externam faciem*, advertens, huiusmodi ius proprietatis, uti fundamentum ordinis et iustitiae socialis debere protegi ubicumque externe appareat, non exquisita proprietatis probatione, quippe difficillima est. — Sed huiusmodi opinio est reicienda, quia ratio dictat, et ius docet Romanorum aliquando possessionem defendi, etsi in confesso sit, possessorem non esse dominum, sed esse emphyteutam, sequestratarium, pignoratarium, aut rem precario detinentem. — Quare ratio tutelae possessionis reponenda est non in *facto* ipso, sed in *auctoritate* legis, quae possessionem certis munitam conditionibus defendendam decernit pro bono reipublicae. Cf. Ruggeri *op. cit.* § *54*.

in facto consistentem, qua homo rem detinet et in suam exercet utilitatem, videmus legibus expressam. Duo enim elementa, dicebant Romani, requiri ad possessionem; nempe *corpus* ad phisicam detentionem; *animum* ad actum humanum, ut affectu seu voluntate teneretur, quod corpore attingebatur; quare animi elementum est in *affectione tenendi* ex *l. 1, § 3, h. t.* Haec complectitur *lex 3, § 1, h. t.*, aiens: « Et adipiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo neque per se corpore », et lex *8, ff. h. t.* advertit « nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest ». Possessionem vero non haberi, nisi *exclusiva* sit, docuit Ulpianus in *l. ff. 5, § 15 Comm.* tradens: « *Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse* »; eamdemque esse non debere momentaneam ita decernit *lex 14, ff. h. t.*: « Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur non videtur possidere; quia non eo animo ingressus est ut possideat, licet corpore in fundo sit ».

195. At haec possessionis notio, ut usui inserviret, debuit *latior* reddi et *expeditior;* quod potissimum duplici extensionis ratione obtentum fuit. — *Primo*, substitui coepit *exercitio actuali phisicae detentionis habitualis detentio*, quare cautum fuit *solo animo* aut *nudo animo* possessionem posse retineri; arg. *l. l. 3, §§ 7-11; et 25, § 2, ff. h. t.* — Tunc enim actus phisicae activitatis interrumpuntur cum proposito rem non deserendi, sed iterum ad eamdem redeundi. Ait Gaius (IV, 153), « animo quoque retineri possessionem, quamvis neque ipsi in possessione simus, neque nostro animo alius, si tamen non relinquendae possessionis animo sed postea reversuri inde discesserimus ».

Secundo, admissum fuit ut *per alium* posset possideri qui « alienae possessioni praestat ministerium » (*l. 18, ff. h. t.*), nempe suae phisicae activitatis cum animo rem detinendi *nomine alieno* seu nomine illius, cuius mandato possidet; unde Gaius docet (Inst. IV, 153): « Possidere autem videmur, non

solum si ipsi possideamus, sed etiam si *nostro nomine* aliquis in possessione sit.... et hoc est quod vulgo dicitur, retineri possessionem per quemlibet, qui *nostro nomine sit in possessione* ».

196. Quia « adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, neque per se corpore » ex *l. 3,* § *1, ff. De acquir. vel amittend. possess.*, haec duo elementa necessario perseverare debent ut acquisita possessio retineatur; quorum alter si resolvatur, possessio amittitur; ex *l. l. 3,* § *6; et 44,* § *2, ff. h. t.*

Verum, uti exposuimus, acquisita possessio etiam *nudo animo* retinetur, quum et animus possidendi *habitualis, et potentialis* corporis actus sufficiant.

197. Porro ius positivum Romanorum naturalem possessionis notionem expolivit et ampliavit, eamdem tamen, praesertim vetustiore epocha, admodum coarctavit quoad *subiectum* et possessionis *obiectum*, eo quia in civitate romana nonnullae tantum personae et certae res fruebantur civili iure. Sed haec persequi quae ad iuris historiam pertinent, nostrum non est. Caeterum hae limitationes sensim obsoleverunt; et praecipuae non continentur iure Iustinianeo; reliquas vero ius canonicum expunxit. — Quamobrem ex iure positivo civ. et can. illi certam rem possidere possunt qui eamdem in suum patrimonium sibi acquirere possunt; et, vicissim, ea possideri possunt quae taliter possunt acquiri. Unde ea non valent possideri quae extra commercium sunt.

Laici in Ecclesia, ex decreto iuris can., sunt incapaces usus aut possessionis quorundam iurium aut officiorum.

198. Ipsum autem obiectum naturale possessionis quod spectat, sufficiat innuere, res tantum corporales se exhibere obiectum proprium et naturale possessionis, nimirum phisicae detentionis seu activitatis; unde Paulus ait: *(l. 3, pr. ff. De acquir. vel amitt. poss.)* « *Possideri autem possunt quae sunt corporalia* ». Ea contra statuitur, *l. 3,* § *27, De usurp. et*

usuc. « ... nec possideri intelligitur ius incorporale »; Quintilianus (V, 10) docuit: « *cum sit ius incorporale non intelligitur possideri* ». Quare Romani cum opportunum esse perspexerint, defendere liberum exercitium iurium in re aliena et cum arcta intercedat affinitas inter usum rerum corporalium et exercitium servitutum in fundis alienis, introduxerunt *iurium quasi possessionem*, limitantes *hanc quasi possessionem* ad iura servitutum neque ulterius in aliis iuribus aliquam recognoscentes vel impropriam possessionem. Quam iuris q. possessionem ita definit cl. Ruggeri *op. cit.* § *424:* « *Iuris q. possessio est phisica operatio in re aliena per actus suapte natura non momentaneos sub forma exercitii iuris servitutis* ». Cavetur verbis - *per actus non momentaneos,* - non recognosci *regulariter* quasi possessionem in servitutibus praedialibus rusticis quippe *non continuis*.

§ 2. *De effectibus iuridicis facto possessionis attributis.*

Summarium. — 199. Duo sunt possessionis effectus: interdicta et praescriptio. — 200. Quando interdicta et quaenam possessioni concessa sint. — 201. Explicantur principia quae declarant in ordine iudiciali distinctam esse causam possessionis a causa proprietatis. — 202. Interdicta effecta sunt *actiones possessoriae.* — 203. Quaeritur an sint actiones personales vel reales. — 204. Possessionis a iure civili ampliatae et iuridicis effectibus instructae definitio.

199. Hic est conceptus possessionis cui romanae leges effectus iuridicos tribuerunt; nimirum *per interdicta* facto possessionis legitimam tuitionem impertierunt et per institutum *praescriptionis* eidem certis sub conditionibus vim iuris acquisitivam recognoverunt.

200. Iuridicam tuitionem facto possessionis tribuere coepit praetor occasione iudicii petitorii. Quum nempe alter litigan-

tium rem sibi peteret ab altero possessam, praetor decernebat, ut lite pendente proprietatis, interim status possessionis non mutaretur, et ad hoc iubebat - *uti possidetis ita possideatis* - si agebatur de re immobili, si de re mobili quaestio esset, edicebat: « *utrubi hic homo quo de agitur nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, apud quem maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto* ». Cf. Gaium *IV, 151.*

Hoc pacto, possessionis status non mutabatur, quousque actor invicte suam intentionem non probasset, et eidem iudex rem addixisset. — Reapse eruditi probant, haec interdicta - *uti possidetis* - et *utrubi* vetustiora esse; cuius postremi mentionem facit Plautus *Stychus 5, 4*, ineunte secunda medietate saeculi VI ab U. C. — Haec dicta sunt interdicta *retinendae possessionis.* — Statim admodum aequa et utilis perspecta est huiusmodi defensio; quare impertiri coepit etiam nulla instante petitoria actione, sed vel ad tutandum factum possessionis adversus impetitores, vel ad controversiam definiendam circa factum *retinendae possessionis.* Quamobrem admissum est, quaestionem possessionis definiendam esse independenter a iudicio petitorio; unde facilis fuit gressus ad interdicta *recuperandae possessionis,* quibus praetor iussit interdicto *unde vi*, seu *de vi simplici,* possessionem vi ablatam restituendam esse spoliato. Inquam - *de vi simplici* - aderat enim interdictum quoque *de vi armata* seu adhibita per violentiam armorum, sed tunc non fiebat defensio possessionis, sed *publicae* tranquillitatis impetitae per usum armorum (1).

Praeterea iure romano comparata fuerunt etiam interdicta *adipiscendae possessionis* quae, uti enunciatio docet, non con-

(1) Exinde patet quomodo falso innitatur fundamento Savigny, asserens interdicta exhibuisse defensionem possessioni ad evitandas turbas et violentias armorum. Cf. cl. Ruggeri, *op. cit.* § *16.*

cessa fuerunt ad tuendam possessionem quae nondum habetur, sed prodita sunt vel ad temperandas subtilitates iuris civilis vel ad alios effectus huic iuri proprios, sed alienos a conceptu tuendae possessionis. At haec prosequi nostrum non est, et modo sufficiat innuisse, huius generis interdicta possessioni defendendae non fuisse comparata, et infra explicabimus an iure canonico pro possessione adipiscenda haec interdicta adhuc vigeant, aut aliae, id genus, actiones comparatae sint.

201. Interim praestat recolere celebriora axiomata a Romanis praedicata in causa possessionis; ista enim ex dictis modo facilia sunt intellectui et basim constituunt processus iudicialis in quaestionibus possessoriis. Lex *12* § *1, ff. De acquir. vel amitt. poss.* ait: « *Nihil commune habet proprietas cum possessione* », et *l. 52, pr. eiusd. tit.* cavet « *nec possessio et proprietas misceri debent* », et in *l. 14*, § *3, De excep. rei iud.* advertitur: « *in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur* ». Disiunctam vero esse causam possessionis a causa proprietatis docet Paulus advertens, in *l. 2, ff. Uti possidetis:* « *Qualiscumque enim possessor hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet quam qui non possidet* ». Nimirum possessor *plus iuris habet*, quia lex factum possessionis tuetur, non inspecto iure proprietatis; siquidem « *plurimum ex iure* (nempe civili) *possessio mutuatur* », uti habet Papinianus in *l. 49, pr. ff. De acquir. vel amitt. poss.* - explicans iuridicam tuitionem a iure civili possessioni tributam. — Quae omnia complectitur Ulpianus in *l. 1,* § *2, ff. Uti possidetis*, tradens rationem et modum ordinis iudicialis in huiusmodi causis; ait enim: « *Huius autem interdicti* (uti possidetis) *proponendi causa fuit quod separata esse debet possessio a proprietate, fieri enim potest ut alter possessor sit, dominus non sit; alter dominus quidem sit, possessor vero non sit, fieri potest ut et possessor idem et dominus sit* ».

Quamvis vero ita distincta habenda sit causa possessionis

a causa proprietatis, hoc non prohibet quominus in eodem iudicio cumulentur et expediantur actio possessoria et petitoria, uti infra explicabimus.

202. Si originem et etymologiam interdictorum exquiramus in monumentis iuris romani, mirifice confirmatur nostra thesis, nimirum tuitionem iuridicam possessionis exquirendam esse in auctoritate praetoris; et exinde etiam vis et natura harum actionum iudicialium perspecte innotescit. Refert Gaius (IV, 138): « Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit; quod tum maxime facit cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur, et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. Formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, *interdicta* aut *decreta* vocantur; *decreta* cum fieri aliquid iubet, velut cum praecipit ut aliquid exhibeatur aut restituatur; *interdicta* vero cum prohibet fieri, velut cum praecipit ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat ». Unde tota vis defensionis in controversiis de possessione desumpta est a praecepto praetoris, unde ab initio, pro singulis casibus, impertiebatur *actio iudicialis*. — Iustinianus *(Inst. IV, De Interdict.)* narrat evanuisse dictinctionem inter *decreta* et *interdicta*, quia « obtinuit omnia *interdicta* appellari, *quia inter duos dicuntur* ». Haec igitur est etymologia interdictorum *inter duos dicere;* et hoc sane respondet istorum origini; sed alia etymologia suggeritur ab ipso Iustiniano *in eodem loco*, ubi ait - *interdicere est denuntiare et prohibere* -. Et reapse *interdicta* desumpta sunt ab *interdicendo*, sed non excluditur alia amplior significatio etymologica, nempe - *inter duos dicere* - quae melius exprimit *iussum* praetoris gignens tuitionem possessionis (1).

(1) Alia etymologia *interdicti* evulgata fuit a D. Isidoro Hispalen. in *Lib. Orig. V, 25* qui docuit: « Interdicta dicuntur quasi non perpetua sed ad tempus *interim* dicta ». Sed haec etymologia non potest

At progressu temporis huiusmodi *iussa* evaserunt ordinaria, seu invecta sunt in ordinaria praetoris edicta, unde quisque, absque speciali illius iussu, deturbatus in sua possessione aut sua possessione spoliatus impetrabat iudicis auxilium et auctoritatem, invocans remedia possessoria a praetore iam comparata. — Exinde interdicta effecta sunt *actiones possessoriae* ab aliis actionibus quoad naturam non diversae, sed adhuc huiusmodi remedia interdicta vocari solent, ut distinguantur ab actionibus petitoriis (1).

203. Quia haec remedia continent iussum quo alter alteri aliquid facere aut non facere praecipitur, exinde intentio harum actionum est potius in personam quam in rem concepta; unde ait Ulpianus in *l. 1*, § *3*, *ff. De inter.*: « *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt* » seu sunt accensenda actionibus personalibus. Item deducitur ex sententia Modestini, in *l. 52*, § *7*, *ff. De obl. et act.*, aientis: « .... *obligamur ex his quae edicto perpetuo vel*

admitti, quia interdicta aliquando absolute dirimunt quaestionem inter contendentes et quia vocabulo *interdicti* huiusmodi etymologia omnino non congruit, eamque excludit Iustinianus in suis Inst. — Nihilo secius Isidori opinionem nonnulli Doctores secuti sunt, et exinde apud Hispanos interdictum exprimitur verbo *entretento.*

(1) Si historiam inspiciamus iuris romani aliae etiam actiones petitoriae ab initio impetrandae erant a praetore pro singulo casu, adeo ut *iudex* non decernebat de iure inter partes controverso, nisi ipsi contendentes antea apud praetorem *(seu in iure)* obtinuissent ius contendendi iudicialiter. At haec defensio iudicialis seu *actio* concessa civibus a magistratu pro singulo casu non poterat satisfacere necessitati societatis iam evolutae et hinc postea per edicta perpetua comparatae sunt *actiones.* Quare nomen *actionis* diversimode sonat in antiquioribus documentis iuris romani, ac modo passim intelligitur. — Item exinde revelatur primigenia notio actionis iudicialis innixae publicae auctoritati; et recte percipitur sensus *cap. 2*, *De off. iud. X* (I, 29), ubi dicitur: « *Iudiciis officium ubicumque pro actione proponitur, veluti cum restitutio in integrum postulatur* etc. »

magistratu fieri praecipiuntur aut fieri prohibentur »; quamobrem efficacia actionis possessoriae desumitur ex legis iussione aut prohibitione.

At in hoc propositum ne inutiles fiant quaestiones quoad ius constitutum can., revocetur doctrina iam exposita, nimirum non esse ita fixam distinctionem inter actiones personales et reales, ut iuri positivo vel consuetudini non fas sit, aliquam actionem potius uni generi quam alteri adscribere. Iamvero non est facile determinare, an iure can. actiones possessoriae indolem retinuerint actionis personalis. Card. De Luca *Tit. De Iud. Disc. n. 17* huiusmodi actiones censet reales esse. At diutius non vacat hanc quaestionem explicare; et tantum innuam conformius esse classico et genuino conceptui defensioni possessionis, proditas hac de re actiones habere uti personales; sed earum efficacia non minuitur, etsi inter reales accenseantur.

204. Quare possessio, taliter a iure positivo ampliata et defensa ita definiri potest: « Phisica rei detentio aut alia ad rem relatio, per leges aestimata aequipollens detentioni, per quam homo exercet, actu aut habitu, suam activitatem in rem, exclusive et non momentanee, cui detentioni, vim iuridicam et tuitionem ipsae leges concedunt ».

§ 3. *De variis possessionis speciebus.*

Summarium. — 205. Possessio alia est civilis, alia naturalis. — 206. Quomodo duorum in eadem re possessio haberi possit sub diverso aspectu aut naturalis aut civilis. — 207. Possessio bonae fidei aut malae fidei. — 208. Possessio iusta, aut iniusta. — 209. Adversus quos impediat *iniusta* possessio iuridicam tuitionem.

205. Sed iuridici effectus sive interdictorum sive praescriptionis non indiscriminatim attribuuntur possessioni sed quibusdam possessionis speciebus; quare modo explicandae sunt hae species. Cum primis, possessio alia est *civilis* alia *naturalis.*

Quae distinctio cum ipsam naturam possessionis attingat, mirum non est si pene innumeras excitaverit discordes opiniones apud Doctores; at nos ex dictis facillime et dilucide rem conficere arbitramur. Iamvero quia praemisimus factum possessionis in rerum natura contineri, idemque vero expolivisse ius positivum et vi iuridica auxisse; sequitur, *possessionem naturalem* esse, quae consistit in phisica rei detentione iuxta primigeniam eius naturam, destitutam recognitione et defensione iuris civilis; *civilem* autem possessionem eam esse, quam ius civile recognoscit, et defendit, eamdem muniens iuridicis effectibus; quare, brevius, possessio *naturalis* est ipsum factum possessionis a iure civili non defensum; *civilis* possessio, e contra, est factum possessionis prouti a iure civile recognoscitur et vi iuridica augetur. — Quamobrem in fragmentis, quae large citat et exponit cl. Ruggeri *op. cit.* § *96 seq.*. opponitur possessio civilis naturali possessioni, quippe altera a iure civili admittitur ad certos iuris effectus, quibus altera destituitur; quamvis haec ab ipsa lege non semel nomine *possessionis* et non *simplicis detentionis* donetur.

206. Ita *colonus* qui a domino agrum excolendum obtinuit. *commodatarius* quoad rem sibi commodatam, *depositarius*, in re apud se deposita, *inquilinus* alterius domum inhabitans, hi omnes ex iure romano, et etiam iure can. possessionem habent naturalem, non civilem, quae reservata est, respective, domino, cui proinde sunt comparata *interdicta*, et praesto est *praescriptio*.

Nihilominus nemo inficias iverit has omnes personas possessionem exercere in rebus a se detentis iuxta primigenium conceptum possessionis iam explicatum. Neque obstat quod hi detentores non suo nomine sed nomine alieno detineant, alteri ministerium phisicae detentionis exhibentes, nam, uti scite notat cl. Ruggeri *l. c.* § *48*, in huiusmodi possessionibus debemus duplicem aspectum secernere possessionis; alterum quo

hi possident nomine alieno, velut colonus agrum excolens nomine sui domini; et in hoc praestant elementum corporis possessioni quae obtinetur a domino; alterum vero aspectum, quo hi possessores in suam utilitatem et hinc suo nomine quamdam exercent activitatem; et exinde vere sunt rei possessores. Neque solidales fiunt possessores cum aliis (quod iure naturali et civili iure prohibetur), quia non eadem ratione sed diverso sub aspectu utrique rem possident.

At lex civilis, ob legitimam iuris oeconomiam, quae non sinit coacervari et nimis excrescere iuris remedia, praeter casus congruae defensionis, concessit iuridicos effectus possessoribus rerum dominis, et aliis possessoribus ordinario negavit, qui defensionem interdictorum experirentur operâ civilis possessoris.

Verum aliquando ipsa aequitas et prudentia regiminis, suasit praetori ut unum et alterum possessorem civilem constitueret, veluti edictum fuit, inter alia, de creditore pignoraticio, de sequestre et de eo cui res *precario* (1) tradita est. Exinde creditor per interdicta tueri potest possessionem ab eo exercitam in rem *pignori* suppositam in securitatem crediti, item sequester et precario possidens rem suam respective, per interdicta a deturbantibus possessionem defendunt. Hoc constitutum fuit, quia per talem defensionem hisce possessoribus concessam, visum est melius consultum iri fini harum conventionum, uti clarum est naturam consideranti huiusmodi contractuum. Cf. Ruggeri *op. cit.* § *119 seq.*

Sed pignoratario, sequestri et precario possidenti conceduntur *interdicta*, sed non usucapio, quippe non habent bonam fidem *huic effectui* necessariam.

(1) Dicitur illud *precario* traditum iuxta ius romanum, *quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu qui concessit patitur.* ex l. 1 ff. De prec. — Iure can. adest titulus *De precariis,* in foeminino sumptis et *precariae* constituunt specialem contractum iuris can. - cf. *tit. cit. 14, Lib. III, X.*

207. Re sane vera possessio distinguitur, *inspecto eius subiecto*, ut possit « *dividi possessionis genus* in duas species; ut possideatur aut *bona fide* aut *non bona fide* » ex *l. 3, § 22, ff. h. t.* Iamvero, in genere, *bona fides* est opinio possidentis, qui rem ita possidendo putat nemini se facere iniuriam, sive hoc verum sit, aut non. Secus habetur *mala fides*. — In *specie* vero bona fides in possessore ad usucapionem requirit *opinionem* seu animum *domini*, quare de hac expresse redibit sermo in tractatu de usucapione, seu de praescriptione.

208. Dein, *inspecta causa* possessionis, haec dividitur in *iustam*, et *iniustam*, seu *improbam* ac *vitiosam*; ex Gaio (IV, 151). *Iusta* est possessio, ab eo obtenta cui « *iusta causa possidendi est* » ex *l. 7, § 8, ff. - De comm. div.* - Ad iustam vero possessionem non requiritur quod possessor dominus sit; unde *iuste* possident pignoratarius, sequester, licet iure dominii non possideant.

Iniusta vero seu *vitiosa* est possessio, quae *vi, clam, precario* habetur. — Possessio *vi* obtinetur, cum per *violentiam* acquiritur. *Clam* vero dicitur possidere, qui occulto actu coepit possidere, ne ab adversario possessore impediretur.

Demum *precarii* vitium incipit, cum qui rem *precario* concessam detinet, restituere detrectat ei, qui concessit, rem suam exposcenti. Huius enim contractus intentio est, rem - *precibus petenti utendam concedere tamdiu, quamdiu qui concessit patitur* - ex *l. 1, pr. ff. De prec.* — Quare *precario* possidens, *iuste* possidet, quousque non renuat concedenti rem restituere (1).

(1) Vitium *precarii* comprehenditur sub regula generaliori: « *Nemo ipse causam possessionis mutare potest* » *ex l. 2, ff. Pro hered.*, quae significat, neminem sive nomine suo possideat, sive alieno, posse simplici animi mutatione, sibi aliam causam possessionis comparare; veluti colonus qui alieno possidet nomine, non valet suo nomine possidere, mutata voluntate possidendi nomine alieno, nisi iustus superveniat *novus* titulus, ex quo

209. Sed haec vitia possessionis iuridicam tutelam impediunt solummodo quoad illum ex quo iniuste possidetur; non adversus alios, rei controversae extraneos, qua re in *l. 53, § 49, ff. De acq. vel amitt. poss.* edicitur: « *Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet* ». Nam si quis sciens me iniuste possidere, me spoliare velit, repellitur actione possessoria; quamobrem in *l. 3, ff. h. t.* advertitur: « *in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat* ».

Praeterea ipse rei dominus aut legitimus possessor, iniustum possessorem vi repellere non potest, nisi ipso in congressu seu *in continenti vim vi repellendo*, ob naturale ius defensionis. Nam si fur rem clam aut violenter abreptam, pacifice coram societate possidere incoeperit, et *in intervallo* ab ipso domino a re iniuste possessa vi deiiciatur; interdicto *recuperandae possessionis,* a iudice in possessionem restituitur fur. — Actum enim esset de iuridica possessionis tutela, si quis, intuitu dominii aut iniustae possessionis, alium e possessione depellere posset. Idcirco in *cap. 5, De rest. spoliat. X* (II, 13) cavetur: « *Praedo etiam est secundum rigorem iuris restituendus* ». Et hoc salva iustitia; nam *causa* possessionis non praeiudicat *causae* proprietatis, quae alia actione definitur.

legitime, alio animo incipiat possidere. Ut ecce si colonus a domino emat fundum. Item qui *suo nomine* possidet, veluti heres, non valet res hereditate acceptas possidere quasi *emptor*, et nisi alius accedat titulus, res hereditarias usque possidebit quasi heres, *repraesentans defuncti personam ex qua iura et onera habet.* Ita Codices Civ. hodierni referunt hanc legem. Cod. Gall. a. 2240; Ital. 2118; Aust. 319.

§ 4. De conceptu possessionis eiusque vi iuridica ex iure canonico.

Summarium. — 210. Ius can. institutum possessorium extendit ad iura personalia et spiritualia. — 211. Etiam iure can. duo sunt effectus instituti possessorii. — 212. Hoc institutum iurisprudentia forensis civilis non parum immutavit. — 213. Non ius can. comm., sed particulares curiarum consuetudines huiusmodi immutationes paulisper exceperunt. — 214. Interdicta « *adipiscendae possessionis* » potius spectant ad beneficiorum aut officiorum *institutionem realem*. — 215. Ad rectam et expeditam applicationem remedii possessorii can., requiritur genuina cognitio instituti possessorii rom.

210. Evolutio instituti possessorii apud Romanos eousque progressa est ut admitteretur iurium realium nempe servitutum *quasi possessio;* neque omnium, indiscriminatim, sed earum potissimum quae *continuae* dicuntur, quarum nempe usus non consistit in actibus hominis ex intervallo positis, veluti in servitute itineris aut aquae haustus. In hisce enim visum est pene deficere fundamentum possessionis etiam *impropriae*, nimirum quemdam facti statum, non momentaneum sed continuum. — De aliis iuribus ortis ex statu hominis aut familiae vel ex officio, vel ex obligationibus, non admissa fuit *possessio civilis* seu quae iuridicis effectibus instructa esset.

Inquam - *possessio civilis* - aliqua enim naturalis possessio seu status facti permanens recognitus fuit ab ipsis iurisconsultis romanis hisce quoque in iuribus sed de iuridica tuitione eisdem impertienda ne cogitatum quidem fuit. Siquidem in fragmentis nominatur, *possessio libertatis, ingenuitatis, libertinitatis* (1), et viri in uxorem recognita fuit possessio ad effectum acquirendi, *quasi usucapione*, auctoritatem maritalem seu *ma-*

(1) Cf. Ruggeri, *op. cit.* §§ *23, 83, 453.*

num (1). — Sed haec possessio dicta est sensu improprio, et cuiusque iuridicae tuitionis expers fuit, quippe remota ab illis conditionibus facti, quae instituti possessorii causa et ratio fuerunt.

At ius canonicum, in omnibus studens aequitati, aggressum est operam perficere praetoris, emollientis civilis iuris asperitatem; et exinde ampliavit iurium *quasi possessionem*, recognoscens iura quoque spiritualia et personalia sive publica sive privata possideri, et actione possessoria quemlibet defendendum esse, qui a suo iure libere exercendo deturbaretur. Ita in *cap. 3, De caus. poss. et prop. X* (II, 12) recognoscitur quasi possessio iuris eligendi praelatum, et decernitur per electionem ter factam obtineri iuris eligendi quasi possessionem. In *c. c. 8, 10, 12, De rest. spoliatorum X* (II, 13) statuitur iura coniugalia possideri, adeo ut succurrendum sit, uxori sive viro, per actionem recuperandae quasi possessionis horum iurium, si iisdem violenter espoliati sint. Quare in his possessio est — *status facti quoad exercitium appositi iuris a iure recognitus et protectus.* — Nimirum illi naturali possessioni, quae cuiusque iuris exercitio inhaeret, quamque ipsi Romani admiserunt sed iuridica tuitione non munierunt, ius canonicum recognitionem et iuris tuitionem non denegavit. Proinde non dicemus ius canonicum immutasse aut subvertisse institutum possessorium iuris romani, sed verius est, idem institutum extensum fuisse ad plura alia obiecta; et hoc notat Savigny *op. cit. Sez. 6* § *49.* — Ipsa vero tuitio possessionis efficacior facta est opera iuris can. praecipue *ob exceptionem spolii;* unde principium - *spoliatus ante omnia restituendus est* -, qualiscumque de iure quaestio sit, antequam spolians admittatur ad sua iura in iudicio asserenda et vindicanda (2).

(1) Ita dicebatur potestas maritalis viri in uxorem. Cf. Gaium, *I, 111.*

(2) Quocirca spolii exceptio eo spectat, ut quaecumque violenta

211. Etiam iure canonico duo tantum habiti sunt effectus possessionis a lege positiva taliter recognitae et protectae; nempe *interdicta* et *praescriptio* seu *usucapio*. Alii omnes effectus, et ad septuaginta duos enumerantur passim a canonistis antiquioribus *beatitudines possessorum* (1), non sunt effectus possessionis, quatenus haec a iure protegitur, sed potius sunt *commoda* possessoris, uti Gaius innuit in *l. 24 ff. De acquir. vel amitt. poss.*, quae naturaliter facto possessionis inhaerent, etiam destituto quocumque iuris positivi praesidio. Veluti principium - *melior est conditio possidentis* - *(ex reg. 56. Iur. in 6)* maxime in iudiciis, quia possessor relevatur ab onere probandi quod actori incumbit, provenit ex ipsa rerum conditione, cum asserenti suam esse rem ab alio possessam fides non adiungitur, nisi manifeste probaverit suam intentionem (2).

212. Verum institutum possessorium romanum a iure can. exceptum, atque ampliatione obiecti et vi iuridica auctum,

et iniusta mutatio, facta in pacifica rerum possessione aut iurium fruitione, in pristinum statum restituatur, antequam de iuribus a spoliatore sibi attributis in iudicio controversia fiat et definitio. Est exceptio *praeiudicialis, dilatoria.*

(1) Cf. Schmalzgrueber, tit. *De causa poss. et propriet. n. 18 sq.*

(2) Hoc sensu Moralistae invocant *regulam possessionis* ad resolvendas quaestiones morales. Asserunt enim illius meliorem esse conditionem qui possidet, sive *lex*, sive *libertas*. Cf. Bolgeni, *Il possesso.* — Hominis *libertas* est in possessione adversus *legem*, quousque haec non conditur. Condita *lex* ingreditur possessionem adversus *libertatem*, neque a possessione sua deicitur, quousque *moraliter certum* sit legem amplius non vigere. Quare regula - *lex dubia non obligat* - debet intelligi subordinate ad regulam possessionis, adeo ut lex *dubia* non capessat possessionem contra *libertatem;* lex vero iam vigens seu *possidens* non fit *dubia* in eius obligatione, quousque *certitudo moralis* non doceat, eam amplius non vigere. Inquam - *certitudo moralis* - neque sufficit probabilitas *maior* aut *minor*. Unde *libertas* et *lex* censeri debent uti duo litigantes, quorum alter est possessor seu *reus*, alter est *actor*, qui non deicit reum a possessione suae rei, donec probaverit suam intentionem argumentis *moraliter certis.*

operâ ipsius iuris can., *indirecte*, subiit mutationem. Nam Romanis solemne fuit, causam possessionis habendam esse omnino seiunctam et independentem a causa proprietatis; quare certa interdicta constituta fuerunt pro determinatis possessionis obiectis; neque indiscriminatim iurium admissa fuit quasi possessio civilis; quam admittere statuerunt, quando adesset *status facti permanens, uniformis, et aliquantisper apparens.* — Iura vero personarum aut obligationum in suo exercitio, non praeseferunt huiusmodi factum permanens uniforme, sed exercentur per actus diversos et nullimode continuos; quamobrem exclusa fuerunt a remediis *instituti possessorii.* Cf. Savigny *l. c.* — In hoc notatur a iure can. *rigor* iuris rom.: cf. c. 18 - *De rest. spol.* X (II-13).

Ius can. vero admittens, *ob aequitatem,* huiusmodi iura ad tuitionem possessoriam, quia status possessionis non poterat examussim determinari, ad haec iura protuenda ex facto impropriae seu *quasi incertae* possessionis, generatim praecepit, iudicem auctoritatem suam interponere debere pro libero tutando iurium exercitio; et hinc edixit, *spoliatis ante omnia possessionem restituendam esse,* atque iudicem pati non debere, spoliatorem iudicio contendere, antequam spoliata restitueret. Inde advertit *cap. 2, X, De off. iud.* (I, 32): « *Iudicis officium ubicumque* PRO ACTIONE *proponitur..... ante et post ingressum causae potest ad hoc, sine litis contestatione, haberi recursus* ». Quare factum est, ut interdicta - *uti possidetis* - *utrubi* - comparata pro conservanda possessione, *potius* dicta sint generice, remedia *manutentionis;* et interdicta *adipiscendae possessionis* refusa sint in remedia *immissionis* possessionis, nempe a iudice dandae. — Canonistae vero omnes inter remedia possessoria recensuerunt « *Officium iudicis* » (1).

(1) De officio iudicis ad obtinendam possessionis tuitionem diserte loquitur Iacobus Menochius, in *op. De adipiscenda et retinenda possess.*, et De Luca *De iud. Dis. 44, n. 8.*

Post aetatem classicam iuris Decretalium, quae sapientissime, duce aequitate, perfecerunt institutum possessorium romanum, successit forensis iurisprudentia, praesertim civilis, quae non percipiens profundissimam et subtilem doctrinam romanam de remediis possessoriis, sensim hanc pervertit, inter se confundens et flectens in novam formam interdicta possessoria.

Revera in curiis civilibus iam a saeculo XIII et XIV remedia *possessionis recuperandae* aut *retinendae* frequentari coeperunt ad removendas turbas, quare appositum interdictum effectum est remedium publicae tranquillitatis, ad quam tutandam consultum fuit ut celerrime iudex, adhibitis etiam lictoribus, assumeret summariam deturbatae possessionis notitiam et statim decerneret, quinam ex contendentibus possessionem obtinere aut retinere deberet: dictum est *possessorium summariissimum.* — Sed in hoc, uti clarum est, evanescit conceptus interdicti possessorii, nimirum actionis ordinis privati et remanet interdictum *de vi armata*, quod diximus non recensendum esse inter remedia vere possessoria (1).

Interdictum vero *de vi simplici* seu *quotidiana*, ut eam vocat Cicero *pro Caec. 31-32* ad *recuperandam* possessionem

(1) Primum vestigium huiusmodi processus reperitur in Durantis *Speculo, lib. II, P. I, tit. De pet. in poss.* § *1, n. 38* et *lib. IV, P. II, tit. De lib. concept.* § *9, n. 22*, et haec procedendi ratio apud Italos, *mandatum de manutenendo*, apud Gallos *Recredentia*, apud Hispanos *Juicio de interim* dicta fuit. — Van-Espen. *op. can. Part. III, tit. 2, c. 4* explicat hunc processum *recredentiae*, quem tamen refert tunc temporis frequentari in curiis civilibus. — Savigny, *l. c.* § *51*, opinatur in possessorio *summariissimo* potius agi de interdicto *retinendae* quam *recuperandae* possessionis; sed hoc non videtur absolute verum, quia hic agitur de tali molestia possessionis, cui inest *vis atrox* tendens ad depellendum possessorem seu *vis armata*, sensu iuris romani. — Tamen verius putamus dicere, per hoc interdictum consultum fuisse non exclusive possessioni recuperandae aut retinendae, sed utriusque casui insimul, quando molestia esset tam atrox ut contendentes provocaret ad arma, vel ad similes rixas.

refundi coepit in interdictum *uti possidetis* seu manutentionis (1), quia visum est, vi spoliatum non amisisse possessionem quam retinet nudo animo, et hinc, reapse, agere ad conservandam suam possessionem adversus spoliatorem. Exinde frequentatum fuit unicum remedium manutentionis, dictum *ordinarium vel plenum possessorium* (2), ut summariissimo opponeretur, quippe in illo vinceret inter contendentes, qui probaret suam possessionem antiquiorem esse et omnem praeseferre probabilem rationem iustae et legitimae possessionis (3).

Nemo non videt, in hisce remediis amplius non contineri distinctam possessionis defensionem, prouti *a iure* discriminatur, sed non parum confundi causam proprietatis et possessionis et hanc efficaci tutela destitutam fuisse.

Codex Gallicus perfecte expressit hanc perversionem in-

(1) Hoc clare explicat De Luca *De iud.*, *Disc. 44*, *n. 60 seq.*

(2) Cf. Van-Espen. *l. c. n. 27.*

(3) In cod. Italico civ. in *L. II*, *tit. 5* latius exponitur institutum possessorium; et mentio fit actionis possessoriae *recuperandae possessionis*, quae exprimit indolem *possessorii summariissimi* - art. 696. Sed actio *manutentionis* non amplius retinet characterem remedii absolute possessorii, quia possessio *manutenenda*, debet esse instructa iis conditionibus quae iubent, *praesumi* proprietatem. Nam in legibus Ital., uti in Gallicis, possessio *legitima* seu *publica, pacifica, continua* non *interrupta*, non *aequivoca* parit praesumptionem proprietatis. Sed haec praesumptio non est repetenda a factò naturali possessionis sed a dispositione iuris, hinc est *praesumptio iuris*. — Ad actionem *redintegrandae* instituendam praerequiritur violenta deiectio a possessione rei vel a quasi possessione iuris sive haec iusta fuerit vel iniusta; cf. Mattirolo l. c. *Azioni possessorie.* — D'Annibale, II, *n. 118* exponit hunc conceptum possessionis, non conceptum romanum, quia ipse disserit de iure constituto quo nunc utimur. Hinc cl. Auctor definit possessionem: « *Rei iurisve detentio vel usus, animo domini* ». Sed hoc requisitum « *animus domini* » exprimit possessionem tantum *ad praescriptionem*. Revera cl. Auctor fatetur se definire tantum possessionem *civilem* sed non bene, quia haec latius patet quoad hos cod. nempe Gall. 2228; It. 685. Aust. 30: cf. Milone, *Del possesso delle cose e dei diritti.*

stituti possessorii, dum in cod. civ. mentio habetur possessionis civilis et bonae fidei ad effectus praescriptionis, in duobus art. 2228-2229; *in cod.* vero *procedurae civ.* art. 23 statuuntur conditiones pro concedenda *manutentione;* et dumtaxat opera iurisprudentiae coepit admitti et adhiberi remedium *restitutorium* seu *redintegrandae possessionis* (1).

213. Huiusmodi immutationes iurisprudentia forensis civilis operata est, quas etiam curiae ecclesiasticae saltem ex iure particulari non scripto, non parum subierunt. Sed notatu dignum est, canonistas omnes pressius in suis commentariis insistere vestigiis iuris romani et sedulo curare, vetera remedia amice cum novis componere. Siquidem ius comm. canonicum a iure decretalium non deflexit.

(1) In curiis eccles. causa possessionis tractari consuevit per interdicta iuris rom., reformata per ius Decretalium, sed reapse praxis certa et universalis habita non est in foro eccl., quia praevaluit mos causas possessionis, quippe vertentes circa *factum* deferendi ad iudices laicos; cf. Van-Espen. l. c. — Canonistae vero congerunt innumera remedia possessionis praecipue recuperandae, desumpta ex pluribus legibus iuris rom. et Decretalibus iuris can. Cf. Menochium, *De adip. ret. et recup. poss.;* Reiffenstuel, *in tit. De rest. spoliat.* et Pellegrini, *Praxis Vic., Part. 2, sect. 3, subsec. 3, inter. 21.* — Sed nimia observantia tot remediorum effecit ut parum expedita procederent iudicia possessoria in foro eccl.: refert Van-Espen. l. c. et De Luca l. c. — Et hinc litigantes exoptabant vel ad civiles curias litigare de *possessorio* vel apud curias eccl. inferre mores tribunalium civilium. — Iam in curia romana exceptum fuit possessorium *summariissimum*, cf. Ridolphini, *Praxis curiae, Part. 2, cap. 12.* Et in cod. cit. Greg. XVI habetur sect. V inscripta: *Delle cause di sommarissimo processo ad* §§ *530-531 seq.* Quando vero possessio iam amissa erat, atque res *pacifice* ab alio possessa, volebat recuperari, recursus habebatur ad actiones possessionis *recuperandae*; vel ad *petitorias.* Cf. Ridolphini *l. c. cap. 14* et Pellegrini *l. c.;* quae tamen iudicia pene refundebantur in *quaestiones petitorias.* Quando vero uti diximus, adhuc perdurabat violentia spoliationis, vel contentio circa factum possessionis, invocabatur remedium *manutentionis.* — Cf. Mattirolo *l. c.*

Quare nos inferius distinctim agemus de interdictis *possessionis recuperandae et retinendae* iure romano inductis, nec non de praescriptionibus a iure can. additis.

214. Non praestat vero appositam inire tractationem de interdictis adipiscendae possessionis, quia haec non inducta fuerunt ad possessionem tuendam, uti iam advertimus, sed ad alios effectus conciliandos iuris positivi romani, et praecipue ad eius rigorem temperandum; quae iuris positivi conditiones cum iampridem resolutae fuèrit, in curiis civilibus et in curiis ecclesiasticis huiusmodi interdicta aliam habuerunt applicationem.

In genere, ad negotia civilia, fuerunt conservata haec remedia pro concedenda, sub praesidio publicae auctoritatis, fruitione bonorum, utputa hereditatis aut legati vel fideicommissi, quae pacifice obtinere debet civis apposito iure instructus. — Negotia vero ecclesiastica quod spectat, ad possessionem adipiscendam veluti beneficii, episcopatus aut alterius publici muneris, adhibetur *immissio* seu *institutio realis* seu *investitura*, quae cum expeti debeant ab eo qui ius habet ad certum munus exercendum aut officium, indolem exprimunt actionis possessionis adipiscendae. Sed haec innuisse sufficiat (1). Cf. Titulum *De inst.* X (III-7).

(1) Apud canonistas explicantur interdicta *adipiscendae poss.* et sunt sequentia: *Quorum bonorum* - *Quorum legatorum* - *Salvianum* - *Possessorium*; haec sunt praecipua. Primum et secundum, ita dicta sunt a verbis quibus incipiebat edictum praetoris. Tertium a nomine praetoris instituentis; quartum ab ipso effectu. — *Quorum bonorum* dabatur illi qui non poterat experiri actionem *petitoriam* hereditatis, et per interdictum acquirebat, ministerio praetoris, bonorum hereditariorum possessionem seu usum, salva iuris quaestione. *Quorum legatorum* dabatur heredi contra legatarium, qui adeptus erat possessionem bonorum legatorum sine auctoritate vel consensu heredis: vi interdicti bona restituebantur heredi. *Salvianum* dabatur domino fundi contra colonum debitam pensionem non solventem ad habendas res in praedium invectas et domino ex *pignore* obligatas. *Possessorium* dabatur emptori alicuius universitatis bonorum adversus detentorem alicuius rei pertinentis ad bona empta. — Iure romano etiam Iusti-

215. Exponere studuimus genuinum conceptum possessionis, eiusque iuridicae tuitionis iuxta leges romanas, quia hae invocantur a canonistis, quamvis passim harum vis in alium sensum detorqueatur, et quia iura hodierna civilia longissime distant ab instituto possessorio romano, cuius tamen plura retinent vestigia. — Haec scire necessarium est ut in possessione tuenda plene recognoscatur, invocandum esse ius positivum, scriptum vel consuetudinarium, a quo tantum derivant possessionis effectus iuridici. In foro vero ecclesiastico facilis et efficax est tuitio possessionis, quippe adhuc vigent leges romanae expeditae a subtilitatibus illius iuris, auctae novis remediis et lata ampliatione ad iurium quasi possessionem defendendam.

nianeo, quod fere ubique usque ad nostra tempora viguit (qua ius commune civ.), haec et alia id genus interdicta usui fuerunt, quia hisce legibus habebatur, quasi cardo, illud principium « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactionibus transferuntur* », nimirum ad assequendam legitimam rerum possessionem non sufficiebat titulus translationis proprietatis, aut titulus concedens iura in re aliena, sed requirebatur *traditio* rei, seu *immissio* in possessionem rei, excepto titulo usucapionis, eo quia fundatur in ipsa rei possessione. At traditio sufficiebat *ficta* seu *symbolica*, veluti expressa per traditionem clavium: adhuc iubetur cod. Aust. 425. — Hoc prudentissime statutum fuit ut certa essent dominia rerum et iura transferrentur, remotis usurpationibus. — Ex adverso in codicibus hodiernis passim, ut in cod. Gall. et Ital. nulla requiritur rerum *traditio* et invaluit contrarium principium « *Nudis pactionibus dominia rerum transferuntur* ». Quare in hisce legibus nullum habetur vestigium interdictorum *adipiscendae possessionis*.

§ 5. *De interdictis retinendae possessionis.*

Summarium. — 216. Possessioni retinendae iure rom. erant comparata interdicta *Uti possidetis* et *Utrubi.* — 217. Quomodo haec interdicta dicantur *duplicia* et quemnam exitum habeant. — 218. An probanda sit possessio non tantum *civilis* sed etiam *iusta.*

216. Interdicta retinendae seu *manutentionis* iure romano duo sunt:

1) *Uti possidetis* de rebus immobilibus et dabatur ei, qui in possessione exturbabatur, contra turbatorem ut turbare desineret.

2) *Utrubi* de rebus mobilibus; reddebatur possessori qui rem mobilem maiore anni parte (*Gaius, IV, 150*) possedisset adversus illum, qui minore parte possedisset.

Ipse Gaius (IV, 160) advertit haec interdicta saepius duplicia esse, aiens: « Duplicia sunt veluti *uti possidetis* interdictum et *utrubi.* Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est nec quisquam praecipue *reus* vel *actor* intelligitur sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur; nam summa conceptio eorum interdictorum haec est: uti nunc possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto. Item alterius: *utrubi* hic homo de quo agitur maiorem partem huius anni fuit, quominus is eum ducat vim fieri veto ». Sed iure can. utriusque non attenditur differentia, ut pro immobilibus rebus aliud interdictum, aliud pro mobilibus reddatur, sed quaecumque adhibeantur verba, attenditur iudicis sententia.

217. Haec interdicta sunt *duplicia,* quia uterque litigans contendit, possessionem sibi retinendam esse; hinc utrique onus incumbit probandi suam intentionem. Ille vero superior erit in hac controversia, qui melius probaverit factum possessionis, vel

saltem probaverit antiquiorem esse suam possessionem. Unde si constet, tempore molestiae et antea utrumque contendentem possessionis actus exercuisse, is obtinebit qui probet suam possessionem esse antiquiorem, quia viget regula « *Qui semel possedit, etiam hodie possidere praesumitur* », seu alium esse iniustum possessorem.

Sed fieri potest ut hinc et illinc non habeatur praevalentia probationum; et tunc DD. suggerunt, ut attendatur quinam ex litigantibus antea provocaverit ad iudicium, et tunc provocans tenet locum *actoris*, provocatus seu conventus locum *rei;* et invocatur regula *l. l. Iur. in 6:* « *Cum sunt partium iura, reo favendum est potius quam actori* ». Cf. Reiffenstuel, *h. t. n. 225.*

Quando vero non constet, quinam antea provocaverit, vel nimis insisti nolit rigori iuris, tunc iudex reddet interdictum *uti possidetis ita possideatis,* quo litigantes *pro indiviso* eamdem rem possidere prosequantur. Inquam *pro indiviso*, monet enim Innocentius III *cap. 9 De prob. X* (II, 19): « *Cum duo simul eamdem rem et eodem modo in solidum possidere non possint* », uti iam docuerant iurisconsulti romani. Pro re canonica, exemplum huius possessionis *pro indiviso* habetur in *cap. 3, De prob. X* (II, 19). Cum duo parochi communiter viderentur possidere certam partem territorii parochialis indivisi, S. Pontifex advertit agi de actione finium regundorum; proinde monet: « .... Scire debetis quod iudicium finium regundorum tale est, ut in ea utraque persona vices duorum habeat, videlicet actoris et rei ».

Pronunciata sententia in possessorio, qui vincit in hac quaestione, pro ea re vel parte rei quam possidet, si postea introducatur iudicium petitorium, sustinet rei partes, admodum favorabiles, siquidem non ipse debet probare sed alius sibi vindicans proprietatem. Unde, in iudicio petitorio, quando est dubium quinam possidet, praemittitur iudicium possessorium, ut pateat,

quinam sit possessor, seu quinam in iudicio petitorio sit reus et quinam actor, cui onus probandi competit. Hunc usum interdicti *retinendae possessionis* inculcat ius romanum, uti patet ex *Inst. Iust. IV*, § *15* et in utroque foro observatur (1).

218. Ad obtinendum vero interdictum - *uti possidetis* - probari debet factum possessionis *civilis*, seu ut quis nomine suo rem possideat, secus si nomine alterius rem detineret, utputa colonus, inquilinus, commodatarius. Nam actionem possessoriam urgere competit *civiliter* possidenti seu illi, cuius nomine possidetur. — At non requiritur possessio *civilis iusta* nisi adversus oppositorem. Etenim si quis *vi*, *clam*, *precario* ab adversario suo possideat, non ei prodest possessio *civilis*, sed adversus extraneos prodest possessio civilis etiam *iniusta*, quod explicavimus.

Verum si duo aeque possidere *civiliter* contendant, tunc in possessione praefertur ille, qui probet se *civiliter et iuste* possidere; seu qui potuerit demonstrare, se habere titulum possessionis *iustum;* quamvis non ita titulum probare debeat, prouti fit in iudicio petitorio, sed debet, uti loquuntur canonistae, *colorare* possessionem (2). Quae principia sapientissime applicans

(1) Hinc advertit Ulpianus in *l. 1. ff. Uti possid.:* « Inter litigantes ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigantes, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit: si convenit, absolutum est, ille possessoris *commodo* quem convenit possidere, ille quem non convenit possidere, petitoris onere fungitur: sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, *quia alteruter se magis possidere* affirmat, tunc .... ad hoc interdictum remittuntur ». Item iuvat revocare *consilium iuris* relatum in *l. 24 ff. De rei vind.:* « *Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet an aliquo interdicto possit nancisci possessionem; quia longe commodius est, ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam, alio possidente, petere* ». Nam facile est, agendo in possessorio, factum possessionis probare; difficile vero admodum est, in petitorio, probare proprietatis titulum. Cf. Reiffenstuel l. c.

(2) Reapse in iudicio possessorio probationes versantur circa *factum*

et evolvens Innocentius III, in *cap. 9, De prob. X* (II, 19) in quadam causa possessoria inter Ecc. Ravennatem et Commune Faventiae circa possessionem cuiusdam oppidi, ita argumentatur in sua sententia: « Cum ergo constet Faventini ab eo tempore quo se possedisse probare contendunt *minus iuste* et *sine titulo* aliqua in praedictis locis temeritate propria occupasse et oeconomus eiusdem Ecclesiae petierit a vi turbativa seu inquietativa super praemissis commune Favent. prohiberi, nos recognoscentes in hoc casu non sic esse locum interdicto - uti possidetis -, ut dicere debeamus, - uti possidetis ita possideatis - ; cum probationes Ecclesiae longe sint potiores et ideo sit in interdicto superior ; Commune Faventiae sibi condemnamus super iurisdictione, et honore atque districtu, et aliis ad hoc pertinentibus in locis praedictis, *quoad possessorium iudicium* (1), quo tantummodo actum est, perpetuum silentium imponentes et prohibentes eidem ut neque per se neque per alios super his praesumat, Ravennat. Ecclesiam aut habitatores praedictorum locorum aliquatenus molestare ». Ex quo textu etiam patet, quam pertineant ad praxim huiusmodi notiones de interdictis, in materia quoque canonica.

possessionis; sed in hisce interdictis duplicibus cum aestimari debeat, quaenam probationes sint potiores, recurritur etiam ad *titulos* possessionis, ut ille vincat qui magis iustam possessionem se habere doceat.

(1) Nam Pontifex condemnat Commune Faventiae in *possessorio*, monens, iniudicatam inde manere quaestionem *petitoriam*. Savigny *op. cit. l. c.* § *51*, examinat hoc caput, idemque recognoscit exactum ad genuina principia instituti possessorii romani.

§ 6. *De interdictis recuperandae possessionis.*

Summarium. — 219. Possessioni recuperandae prodita erant interdicta « *Unde vi* » et « *de vi armata* ». — 220. De quibus rebus daretur interdictum. — 221. Cuinam possessori competeret. — 222. Adversus quos. — 223. Quia arctioribus limitibus continebatur, hoc ampliare studuerunt imperatores rom. — 224. At tantum ius can. idem congruâ auxit ampliatione. — 225. Praeter *spolii* exceptionem, etiam *spolii* actionem concessit ius can. — 226. Quae spolii actio, operâ iurisprudentiae concessa fuit etiam adversus boni fidei possessores. — 227. An hodie in praxi forensi ad possessionem recuperandam sufficiat invocare huiusmodi exceptionem et actionem, posthabitis aliis remediis passim propositis a canonistis, iure rom. admissis. — 228. Quomodo actio spolii sit perpetua.

219. Pro recuperanda possessione iure romano duplex comparatum fuit interdictum. — Alterum « *unde vi* » contra vim *simplicem* seu *quotidianam*, ut illam vocat Cicero pro *Caec. 31, 32*, alterum « *de vi armata* » contra vim armis illatam. Hoc postremum « *de vi armata* » non est effectus civilis possessionis a iure positivo protectae, sed possessionem tuetur ad avertendas turbas. — At iure Iustinianeo disparuerunt potiores differentiae, quae unum ab alio remedio discriminabant et efficacius effectum est interdictum « *unde vi* », uno in alterum refuso. Cf. Inst. Iustiniani IV, *De Interd.* § *6* (1).

Vis autem adversus quam obtinet hoc interdictum « *est maioris rei impetus qui repelli non potest* », unde deicimur a rei possessione. Nisi a re deiciamur experimur interdictum retinendae possessionis. Iure canonico haec vis qua a re pro-

(1) Haec latius explicat cl. Ruggeri *op. cit.* §§ *112, 739 seq.* docens qua ratione interdictum « *de vi armata* » refusum sit, pene integrum in aliud « *unde vi* ». Nobis sufficiat innuere hoc factum fuisse ut spoliatis illud praesidium praesto esset etiam contra *vim simplicem*, quod antea dabatur tantum in *vim armatam*.

hibemur vel ab exercitio iuris, dicitur spolium; et solet definiri: « *Violenta deiectio a possessione rei vel a quasi possessione iuris ex magna et notoria iniustitia* ». (1) Hoc sensu dicitur patrare *spolium* iudex, qui sententiam edit notorie iniustam. Cf. *cap.* 7 *De rest. spoliat. X* (II-13).

220. Iure romano dabatur tantum quoad res immobiles *civiliter* possessas, *iuste* aut *iniuste*, ita ut praedo etiam sit restituendus; cf. *c.* 5, *De rest. spoliat. X* (II, 13). Poterant repeti hoc interdicto *res mobiles*, si principaliter ageretur de immobili, cui accessorie uniebantur mobilia.

Verum in genere pro mobilibus competebat *actio furti*, vel actio - *vi bonorum raptorum*, - *l. 1*, § *Illud utique*, *ff. De vi et vi armata.* — Ius can. ampliavit hoc interdictum ut tueretur etiam res mobiles, uti videbimus.

221. Competit possessori *civili*, sive *iuste* sive *iniuste* possideat, adeo ut praedo etiam est contra dominum restituendus, excepto casu quo *in continenti* seu in *ipso congressu* praedo repellatur seu impediatur rei possessionem assequi: cf. *Inst. Iust. l. c.*, et *cap. 5 cit.* Hinc cum *civili* possessori hoc interdictum comparatum sit, si quis alieno nomine detineat, uti colonus, depositarius, commodatarius, interdictum experitur ille cuius nomine possidetur; quia is possidet (et hinc spoliatur), cuius nomine possidetur, uti habet *cap. 9, De rest. spoliat. X.*

Sed ipse colonus, commodatarius, si ab ipso domino vel ab alio impediatur a libero exercitio sui iuris coloni, commodatarii, ex praescriptione iuris can. possessionem iurium aeque protegentis, utitur actione possessoria, ut a iudice restituatur

(1) Spolium iur. can. latissime patet. *Cap. 8, h. t. X*, spoliatus dicitur maritus, si uxor ab eo divertat iniuste; et *cap. 10 et 12 h. t.* spoliata dicitur uxor a marito eam de sua domo eiciente. *Cap. 2 et 3 h. t.* habetur uti spoliatus, qui per vim et inique cogitur suo beneficio renunciare. *Cap. 6 de sepult. X* (III-28) spoliatus dicitur qui iniuste a sua sepultura prohibitus fuit.

in libero exercitio sui iuris: ex *cap. fin. cit. t.* et *cap. fin. De off. iud. X* (I, 32) et cf. Reiffenst. *De rest. spoliat. n. 45 seq.*

222. Competit autem hoc interdictum:

1) adversus *eum* qui alium possessione sua deiecit;

2) adversus *mandantem* seu qui spoliari mandavit;

3) et *ratihabentem* seu qui ratam habuit spoliationem, quia *ratihabitio mandato comparatur*. Cf. *l. 12, ff. De vi et vi armata* §§ *12, 14*, et *cap. 15, De rest. spoliat. X.*

Contra heredes vero violentis invasoris, ceterosque successores universales aut particulares eiusdem, non dabatur hoc interdictum, quippe *personale* seu obtinens tantum adversus personas supra recensitas. — Contra heredes autem aliosque successores spoliati competebat actio non possessoria, *in id quod ad eos pervenit, dolove malo eorum factum est quo minus perveniret*, seu in quo locupletiores facti esse intelliguntur cum aliena iactura; ex *l. l. 1*, § *ult. et 2, ff. De vi et vi armat.* Concordat. *cit. cap. 15, De rest. spoliat.;* quod caput interpretatur, et applicat *interd. « unde vi »*, prouti iure romano institutum fuerat. Hoc autem arctioribus limitibus circumscriptum fuisse nemo non videt, quippe dabatur tantum in personam spoliatoris, non adversus alios rei spoliatae possessores.

223. Iam ipsi Imperatores persenserant per hoc interdictum non sufficienter provisum iri tuitioni possessionis, et Valentinianus, Theodosius, et Arcadius in *l. 7, Cod. « Unde vi »* contra dominum violenter invadentem rerum suarum possessionem, alteri, utputa emphyteutae, concessam, decernunt amissionem dominii; contra alienarum rerum invasorem statuunt, praeter rei restitutionem, eiusdem rei aestimationem spoliato reddendam esse. Interpretes non conveniunt, an novum interdictum constitutum sit, et an haec provisio tueatur tum res *mobiles* tum *immobiles*. Cf. Ruggeri *l. c.* § *739*. — Iustinianus *l. 12, C. eiusdem tit.*, iubet restituendas esse res spoliatas, etsi do-

minus, dolo circumventus aut metu commotus spoliationi consentiisset.

224. Sed operâ iuris can. remedium possessionis recuperandae suam perfectionem nactum est.

Ex intentione iuris canonici animarum saluti prospicientis in spoliatione rerum, magis reprobatur malitia invadentis quam damnum invasionis. Hinc Pontificum mens fuit, quamcumque spoliationem prohibere rei sive mobilis sive immobilis, sive corporalis sive incorporalis, scilicet iurium, et ante omnem iuris quaestionem spoliatae rei possessionem esse restituendam. At premens vestigia Romanorum, Legislator canonicus pedetentim processit, et nova edidit aut antiqua correxit, exigente quotidiana rerum experientia. — Iure romano editae fuerant actiones possessoriae eaedemque quoad plura obiecta et adversus nonnullos possessores erant inefficaces; at maxime desiderabantur *exceptiones possessoriae*, quibus repellerentur a limine iudicii petitorii vel possessorii invasores, si eo audaciae hi devenissent ut silentium imponere conarentur querelis spoliatorum, iudicialiter contendentes, res controversas sibi legitimo iure pertinere. Eveniebat enim, aliquem sua re spoliari, puta mobili vel iure aliquo, quae ab interdicto non defendebantur, vel etiam immobili, quae tamen ad effugiendam interdicti « *unde vi* » efficacitatem, ab invasore transferebatur in tertium possessorem, et hinc spoliatus destituebatur auxilio actionis possessoriae, facilis probationis et expeditissimi processus. Si spoliatus recurrisset ad iudicium petitorium sibi onus inferebat probandi proprietatem, quod perarduum negotium est. Si vero tantummodo sollicitus erat de repetenda sua re extraiudicialiter, molestiis afficiens spoliatorem, hic vel impetrabat interdictum *retinendae possessionis* vel fraude comparatis probationibus, probabat se dominum esse; quod facilius assequi poterat subsidiis possessionis instructus. Has fraudes dolet ipse Inn. III, in *cap. 18, De rest. spoliat. X,* aiens: « *Saepe contingit quod spoliatus per spoliatorem in alium re translata,*

dum adversus possessorem non subvenitur: per restitutionis beneficium eidem spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum, iuris proprietatis amittit effectum ».

Ius can. contra spoliatorem spoliato comparavit exceptionem spolii, qua efficitur ut spoliator spoliato omnia restituere debeat, antequam audiatur in *petitorio*, aut in *possessorio retinendae possessionis.* — Huius exceptionis constituendae occasio non defuit. — Episcopi aliquando ab haereticis, praesertim ab Arianis, obtentu criminis, episcopatu expoliabantur et dein ad Synodum convocabantur, ut se crimine purgarent, si in episcopatum restitui desiderabant. At Episcopi tanto odio impetiti et spoliationis pressi aerumna, difficillime se defendere poterant. Sacri Canones constituerunt Episcopos antea restituendos esse propriis sedibus, dein si placeret, accusarentur: arg. can. *Redintegranda. - caus. 3, q. 1.*

Scio equidem hunc canonem et alios *1 et 2 in hac quaest.* allatos a Gratiano, apocryphos esse, ab Isidoro Mercatore mutuatos; ut probat Cl. Berardi in *opere - Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti*, in *Th. I, P. 2, cap. I;* et iam adnotaverant *Correctores Romani.* Sed hoc non prohibet quo minus referant *publicam famam* seu *traditionem, et morem vigentem.* Nam *ob traditionem, can. 3,* attributus fuit Ioanni Pontifici quem Arianus Theodoricus Rex Ravennae carcere detinuit usque ad necem, anno 526 secutam. — *Mos vigens*, seu exceptionis usus hunc canonem quasi genuinum commendavit.

Praeterea aetate Gratiani ob huius pene necessarii instituti forensem evolutionem, exceptio spolii non solum Episcopis sed clericis et laicis pro quibuscumque causis praesto erat. Revera Gratianus ita inscribit hanc *1 quaest.: « Quod restitutio quibuslibet danda sit multis auctoritatibus probatur »* (1). Quod

(1) Savigny *op. cit.* § *50,* contendit ex hoc canone reapse nullum

generalis et *communis* effecta sit haec exceptio, evidenter comprobatur etiam ex *cap. 1, De rest. spoliat. in 6* (II, 5), in quo supponitur ita communis exceptionis *usus*, ut iam *abusus* irrepserint, quos ita memorat Inn. IV, in *cap. 1, cit. tit. in 6:* « *Frequens et assidua nos querela circumstrepit quod spoliationis exceptio nonnunquam in iudiciis calumniose proposita causas Ecclesiasticas impedit et perturbat; dum enim exceptioni insistitur, appellationes interponi contingit et sic intermittitur et plerumque perimitur causae cognitio principalis* »; idest qui iudicio petitorio impetebantur ad idem eludendum, conveniebant cum alio, ut a se rem litigiosam auferret eo consilio ut contra spoliatorem interim possent agere iudicio possessorio - *recuperandae* -, et ita tempus absumere, interposita etiam appellatione a sententia in possessorio iudicio edita. Hisce fraudibus ut occurreret Innocentius IV, in Conc. Lugd. anni 1245 statuit,

1) exceptionem probandam esse intra 15 dies;

2) admittendam non esse in civilibus exceptionem spolii patrati ab alio quam ab actore;

3) in criminalibus admitti quoad spolium *a tertio factum*,

generalius remedium possessorium constitutum fuisse sed casui *speciali* nempe depulsioni Episcoporum fuisse consultum. Invocat etiam Gratiani auctoritatem, qui in sua adnotatione ad quaestionem, disserit tantum de Episcopis eiectis. — Iamvero haec opinio non videtur veritati conformis, quia diximus, non vi canonis ipsius, sed vi consuetudinis seu praxis forensis beneficium *exceptionis* quibuslibet fuisse concessum, ut advertit ipse Gratianus in citata rubrica. — Gratianus vero in nota examinat tantum Episcoporum eiectionem, sibi obiiciens « *ubi non fuit legitima institutio ibi non potest esse restitutio* », seu non posse *restitui Episcopos,* nisi constet de legitima *institutione*. Quare sibi proponit diluendam difficultatem circa specialem casum, sed non omnem vult complecti huius remedii ambitum. Revera postea advertit: « *In aliis autem locum non habet* (haec difficultas), *cum violenta possessio nisi per iudicis sententiam violento detentori detrahi non possit* ».

dummodo sit de tota substantia vel maiori parte eius. — In quod propositum memorat Pontifex canones Decreti Gratiani hanc exceptionem introducentes, observans: « Et secundum hoc loqui *canones* sano credendum est intellectu; quia nec nudi contendere nec inermes inimicis opponere nos debemus ». Et haec sunt pene eadem verba *canonum* Decret. Gratiani. — Tantum (1) abest, uti nonnulli autumant, hanc Inn. IV Constitutionem instituisse *spolii exceptionem.*

Sed quod ad vim et usum exceptionis spolii necesse est interpretari quamdam sententiam Innocentii III in *cap. 2, De ord. cognit. X* (II, 10). — Agebatur de controversia mota ab Abbate de Ferentino contra nobiles viros dominos de Artone, quippe hi manu armata monasterium aggressi erant. Abbatis quaestioni aggressores opposuerunt, se *per huius dolum et violentiam castrum amisisse*, antea invocantes iudicium possessorium. — Pontifex respondet: « Nos autem distinguendum esse credimus, utrum spoliationis quaestio ab eisdem nobilibus sit obiecta in modum actionis ad restitutionem petendam, an in forma exceptionis ad intentionem adversarii repellendam.... Sed quoniam quaestio illa fuit ab eisdem nobilibus tantum in modum exceptionis obiecta; interloquendo pronunciamus ut probationes eorum super ipsa exceptione primitus audirentur et ea probata legitime Abbati non cogerentur respondere super petitionibus memoratis, donec restituerentur ab ipso: cum spoliatori spoliatus ante restitutionem non cogatur ullatenus respondere ». Pontificis argumentatio haec est. Primo advertit, spolii quaestionem posse moveri sub duplici intentione. *Primo* ut obtineatur restitutio rei spoliatae per *actionem* possessoriam - *unde vi* -. *Secundo* ut ab agendo repellatur spoliatus, et tunc invocatur *exceptio* spolii, quae non

(1) Inter hos recensendus etiam Savigny, qui, *l. c.*, nimis insistens litterae canonis - *Redintegranda* - neque attendens sufficienter receptis moribus seu iurisprudentiae, in hanc sententiam descendit.

est *peremptoria* sed *dilatoria* iudicii « *cum spoliatori spoliatus ante restitutionem non cogatur ullatenus respondere* ». Proinde hac exceptione repulsus a limine iudicii spoliator, ad idem regredi non valet, nisi restituat.

Iudex vero cuius est iudicare iusta petita, cum agit *ad instantiam* partium, si instauratur *actio* possessoria et huius intentio congrue probetur, coget spoliatorem ut restituat; si vero tantum opponatur *exceptio spolii*, probato spoliationis facto, *(quia reus excipiendo fit actor)* exitus est ut iudex differat iudicium, donec spoliator rem restituat. Hoc praecipit Pontifex *cit. cap.* aiens § *1:* « *Verum spoliatione in modum exceptionis tantum probata non est per hoc restitutio facienda* » nempe imperio iudicis. — Et ita evanescunt difficultates, quas Savigny congerit in *l. c.* in hoc capite exponendo, et procedendi ratio probatur perspicue conformis elementaribus iuris principiis.

225. Tamen quia exceptio est actioni relativa, si spoliator exceptionem pertimescens iudicii aleam ingredi praecaveret, huiusmodi remedium incassum cedebat. Hinc spoliatorum miserrimae conditioni ut prospiceret Innocentius III in *cap. iam cit. Saepe contingit*, interdictum *unde vi* iussit concedi etiam contra tertios detentores rei spoliatae, qui non percellebantur actione possessoria iuris romani. — Reapse in *cap. 18, Saepe contingit*, statuitur, rem omnem ablatam immobilem sive mobilem, corporalem sive incorporalem repetendam esse actione possessoria a spoliatore et ab alio iniusto seu malae fidei possessore. Ratio vero huius generalissimae dispositionis est, quia « *non multum interest quoad periculum animae iniuste detinere et invadere alienum* ».

Sed quid iuris si res spoliata devenerit in manus possessoris bonae fidei, succurritne actio ab Inn. introducta? Negative respondendum; littera enim nimis clara est: « *si quis de cetero* SCIENTER *rem talem receperit, cum spoliatori quasi*

succedat in vitium et quod non multum interest quoad periculum animae etc. »

Verum quod uno gradu - *obstante iuris civilis rigore* - (et quis ignorat studium quo tunc iuristae et canonistae prosequebantur ius civ. Romanorum?) Innocentio facere non expediebat, praestitit iurisprudentia canonica, occasione praesertim canonis *Redintegranda*, quem passim Doctores et Pragmatici uti generaliorem capite - *Saepe contingit* - interpretati sunt, ut videre est apud Reiffenstuel et auctores ab eo citatos in *Tit. De rest. spoliat. n. 31 seq.;* et Pellegrini *l. c.*

226. Nam postquam Inn. III in cit. cap. concesserat actionem possessionis restitutoriam contra omnes possessores malae fidei, partim ex difficultate probandae malae fidei in casu particulari, partim ex naturali necessitate absolvendi institutum recuperandae possessionis, ab Inn. III adductum ad limen, non ad fastigium perfectionis, interpretes iuris can. illud perfecerunt *cap. 18 cit.* occasione can. *Redintegranda*, qui canon tum ob generalem verborum sententiam tum ob maximam Gratiani auctoritatem tunc visus est continere quod constitutioni Innocentianae deerat. — Verum *caput 18 cit.* est multo posterius canone - *Redintegranda* -; et huic difficultati satisfecerunt animadvertentes, maximam incertitudinem in foro tunc regnasse in hoc iuris puncto, quando Pontifex extra quaestionem ponere voluit quod apprime intererat salutis animarum. Ita conglobatim refero, interpretum sententias, quia *mira concordia* omnes incipiendo a Glossa interpretantur can. *Redintegranda*, uti actionem personalem seu *condictionem* se extendentem ad restitutionem omnium rerum, etiam quoad bonae fidei possessores, ita ut talis canon quam citius pertransiverit ad forum laicum, extensus, hac efficacia, ad causas laicales. — Exceptionem spolii potius derivarunt a *cap. 1, De rest. spol. in 6* (II, 5) cf. in suis commentariis ad *caput* - *Saepe contingit* - *Innocentium*, *Abbatem*, *Fagnanum*, *Reiffenst.*, *Schmalzgrueber*, et

praecipue auctores practice materiam hanc pertractantes, uti *Menochium*, et *De Luca* in *op. iam cit.* et *Maranta* - *Tract. De ord. iud. p. 4.*

227. Praxim hodiernam quod spectat, advertatur, in negotio possessionis restituendae plura referri a canonistis remedia, desumpta a variis legibus et decretalibus, quae *per gradus* hoc institutum perfecerunt. Ita Menochius (*De adip. ret. et recup. poss.*) enumerat decem et septem huiusmodi remedia; et Maranta (*Tract. De ord. iud. par. 4, dist. 7*) ad septem et viginti recenset. — Sed iudici ecclesiastico non est adlaborandum circa has multiformes actiones, quum constet iure can. quibuscumque violenter et iniuste spoliatis possessione suae rei vel iuris q. possessione competere exceptionem ad repellendam instantiam iudicialem spoliatoris, et actionem ad repetendam rem spoliatam adversus quoscumque, prouti praescribunt modo exposita capita, quae exprimunt et perficiunt interdictum romanum. Cf. De Luca *l. c. disc. 44*, qui criterio vere practico omnia remedia reducit ad *actionem* et *exceptionem* spolii.

In quod propositum advertatur, ipsum Card. De Luca l. c. fateri, aliquando in praxi quaestiones *possessorias* resolvi per actiones *petitorias*. Et hoc est conforme principiis a Romanis praedicatis, iuxta *l. 1 § 4 Uti possid.* « *Restitutae possessionis ordo* aut *interdicto* expeditur aut per *actionem* » nimirum petitoriam. Siquidem nihil prohibet quo minus rerum possessio nobis retineatur aut restituatur vi actionis petitoriae, qua docemus *nobis* non alii ius *esse possidendi.* — Quare haec est differentia inter unam et alteram agendi rationem, nimirum per actiones possessorias defendimus factum possessionis, ne ab aliis mutetur aut turbetur; per actiones petitorias possumus defendere possessionem, ostendendo nobis non alii *ius esse* possidendi. — Apud Romanos ad hunc effectum maxime praesto erant *condictiones*, seu actiones personales concessae adversus eum qui *sine causa*, aut *ob iniustam causam* possideret, ut possessio-

nem restitueret. Ita hac condictione *depositarius* urgebatur ad rem possessam restituendam, *ex l. 13 § 1 ff. deposit.;* ita *pignoratarius; ex l. 4, § 1, ff. De rerum condic.* Etiam per *restitutionem in integrum* potest obtineri defensio possessionis adversus eum, cui nos metu coacti cessimus possessionem. Nam per *restitutionem in integrum* rescinditur actus cessionis, et nobis rei possessio restituitur. — Sed facilioris probationis et expeditissimi processus sunt actiones possessoriae, et hinc in legibus et in foro maxime interest has sedulo applicare et observare. — Haec advertenda erant, tum quia plura remedia a canonistis adducta sub nomine *condictionis* reapse sunt remedia petitoria; tum quia inde intelligitur, ipsam possessionem defendi posse etiam iudicio *petitorio*, prouti peragitur quando non suppetit bene ordinatum institutum possessorium, prouti accidit passim in hodiernis Legislationibus. — Cf. Ruggeri *op. cit.* § *369 seq.*

228. Ius can. aequitati, et animarum saluti prospicere voluit, reprobando quamcumque iniustam et violentam spoliationem; et hinc noluit anni spatio concludere huiusmodi actionis exercitium, prouti decrevit ius rom. de int. - *unde vi* - sed concessit, nullo temporis decursu perimi. Cf. Reiff. *l. c. n. 9.*

§ 7. *De hisce interdictis quoad iura spiritualia, praecipue matrimonialia et beneficialia.*

Summarium. — 229. Ius can. praescripsit, iura quoque spiritualia tuenda esse, ex officio iudicis ad eorum quasi possessionem *retinendam* aut *recuperandam*. — 230. Quando acquiratur iurium coniugalium quasi possessio. — 231. Quotuplici ratione haec turbari possit; eademque quomodo restitui debeat. — 232. De interdicto - *acquirendae possessionis* - quoad beneficia et officia. — 233. Quomodo hisce aliisque similibus causis applicetur interdictum *retinendae possessionis*. — 234. Item de interdicto - *recuperandae possessionis*. — 235. Disseritur de interpretatione *cap. ult. De rest. spoliat. in 6.* — 236. Inculcatur differentia, quae *suapte natura* intercedit inter rerum possessionem et iurium q. possessionem in applicandis interdictis.

229. Iam innuimus ius can. extendisse iuridicam possessionis tuitionem ad iura personalia et spiritualia. Sane magni ponderis fuit haec ampliatio, quam praestitit aequitas canonica non attendens rigori iuris civilis. Ius enim civile non recognoscens in exercitio huiusmodi iurium factum certum constans et apparens, possessionis iuridicos effectus non admisit; quos ultro concessit ius can., iubens iudices ecclesiasticos suam interponere auctoritatem ad tutandum factum exercitii cuiuscumque iuris per expedita remedia possessoria. — Verum, in subiecta materia, non potuit ius can. certas constituere actiones possessorias, ad tutanda praecipue iura spiritualia, aequali ratione in singulis casibus rigore iuris exequendas, sed ad iudicis officium se convertit, statuens, pro re nata, decernendam esse iurium q. possessionis tuitionem, quando hanc non impediat vel arceat ius potius, aut speciale casus adiunctum (1).

(1) Nos consuevimus in praesenti tractatu distinguere rerum possessionem a iurium fruitione hanc appellantes *quasi possessionem;* sed tamen pro indole iuris can. potest indiscriminatim attribui simpliciter vocabulum *possessionis* tum rebus tum iuribus.

Sed quaecumque a iudice decernantur, necessario reducuntur ad decreta *retinendae* aut *recuperandae* possessionis, et planum est.

230. Primo agamus de possessione iurium matrimonialium. Iamvero quia possessio *in facto* consistit, iurium coniugalium capessitur possessio, quando hisce iuribus uti coeptum fuerit. Proinde in sponsalibus quae *praevia* sunt matrimonio, nulla adest iurium coniugalium possessio; arg. *cap. 14, De rest. spoliat.* X. In matr. *rato* et non *consummato*, semel incoepta cohabitatione, possessio habetur iuris *individuae vitae consuetudinis* sed non adhuc *carnalis commixtionis;* in matr. autem *rato* et *consumm.* iuris coniugalis plena possessio habetur. Cf. *c. c. 14 et 8 cit., tit. X.*

231. Spolium vel molestia possessionis in causa matr. haberi potest, vel ab extraneo qui coniugem a coniuge vi separat aut prohibet, vel ab ipsis coniugibus inter se. Et de hoc casu aliquid explicabimus; nam statum possessionis ab extraneo deturbatum statim in pristinum restituendum esse auctoritate iudicis, exploratissimi iuris est. — Quando vero alteruter coniugum, auctoritate propria, alterum violenter prohibeat ab usu iurium acquisitorum, spolium patrat. Tunc iudex, parte spoliata instante, vel ex officio, ad scandalum removendum, spoliatorem coget, ut omnia restituat in pristinum statum. Ius vero petendae restitutionis ex parte spoliati, et onus spoliatoris satisfaciendi petitioni seu iuri spoliati est correspondens mutuae obligationi coniugum servandae individuae vitae coniugalis. Quare si uxor, propria auctoritate, discedit, at facti poenitens ad virum redire velit, a viro repelli non potest. Nec uxor a viro expulsa, si iterum revocetur, dissentire potest. Tantummodo ex causa adulterii, altero invito, coniux innocens dissolvit vitae coniugalis consuetudinem. Verum quia *spoliatus ante omnia restituendus est;* nisi adulterii factum sit notorium, antequam audiatur spolians in iudicio ad allegandas adulterii probationes, restitutio vitae

coniugalis iubenda est. Cf. *c. c. 4-5, De divor. X* (IV, 19), *6, De adult. X* (V, 16).

Sed speciale est in hac materia, quod si pars spolians obiiciat nullitatem matrimonii, et impedimentum sit *notorium*, non fiat locus restitutioni, et planum est. — Si *notorium* non sit, at probationes habeat spolians *in continenti paratas*, prius audiantur probationes in petitorio, interim, etsi matrimonium fuerit consummatum, restituto coniuge vitae coniugali, non pro tori usu, sed tantum ad cohabitationem. Decernit enim Pontifex in *cap. 13 De rest. sp. X* (*sub fine*): « ... *in ceteris adiudicanda sit restitutio: sed ... sola quoad commixtionem carnalem* (*maxime si fama consentit*) *est restitutio differenda.* »

Si vero has probationes in promptu non habeat spolians, procedatur in possessorio ad restitutionem, etiam quoad torum, si constet de *spolio*, et mat. iam fuerit *consummatum*, quia in tali dubio praesumitur validum matrimonium quod est in possessione. Pars vero iudici pareat, etsi cognoscat absque dubio matrimonii nullitatem. Tunc sane non potest uti copula matrimoniali, quamvis ad debitum reddendum per excommunicationem a iudice cogatur in exequenda iudicii possessorii sententia. — Siquidem, in hac lucta praevalet externo foro forum conscientiae, in quo non attenduntur generales praesumptiones, arg. *c. 44, De sent. excom. X* (V, 39), sed veritas vel prudens animi persuasio (1); unde *quod non est ex fide peccatum est.*

Attamen si graviter timeatur ne alter vita coniugali abutatur vel in alterum saeviat vel ad peccatum inducere obnitatur, nullimode facienda est restitutio quia remedium esset peius malo. Ista sapientissime disponit Inn. III in *cap. 13, De rest. spoliat. X*, applicans *interdictum recuperandae* causae matri-

(1) Quomodo in casu *dubii impedimenti* coniux efformare sibi debeat animi persuasionem saltem *reflexam*, antequam copula matrimoniali utatur, vide explicatum apud canonistas - cf. Schmalzgrueber h. t. 62 et cl. Gasparri *Demat.* I, 253.

moniali. — In *cap. vero 8 h. t. X* statuitur, uxoris restitutionem ob modo allatas vel similes rationes fieri non deberi, sed hanc apud honestas personas, praecipue Religiosas, custodiae causa, tradendam esse.

Demum actio possessoria restitutionis, in hac materia, impediri potest ob ius potius utrique coniugum comparatum, nimirum intra bimestre, a matrimonio contracto et non consummato, ingrediendi religionem approbatam. De hac specie agitur in *cap. 14, De prob. X* (II, 19), in qua mulier viro petenti restitutionem opponit « se virginem et monacham » esse. Cf. *c. 20, De conv. coniug. X* (III, 32).

232. Quoad iura beneficialia, cum primis *interdictum adipiscendae possessionis* obtinet, sensu iam explicato, pro beneficiorum aliorumque officiorum in Ecclesia adquirenda possessione quam, marte suo, clerici accipere non debent, uti constat ex *tit. De institutionibus X* (III, 7), prouti exponunt canonistae agentes *de institutione reali* seu *de investituris*. Ex *tit. De eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae X* (II, 15) rei possessio acquiritur, mandato iudicis, ut lite pendente rei litigiosae non fiat dispendium; at haec suo loco prosequemur.

233. Interdictum *retinendae possessionis* applicatur causis beneficialibus, aliisque in genere, pertinentibus ad publica munia, sed quid est speciale, nimirum:

1) si adsit praesumptio vel dubium *iniustae* possessionis, cum primis probari debet, adversus omnes, possessionem *non esse iniustam;* quia omnium fidelium interest, ne huiusmodi publica officia iniuste exerceantur;

2) beneficium a duobus *pro indiviso* possideri non potest. Quare si duo litigantes pares probationes pro possessorio hinc inde adducant (qui casus plane est valde difficilis), neuter obtinebit, sed iis auferri debet beneficium, apud tertium custodiae et administrationis causa deponendum, donec lis super petitorio aut possessorio definiatur vel ad novam collationem

deveniatur. Cf. Menochium *op. cit. De retin. poss. n. 739* et Reiffenstuel *Lib. II, tit. 12, n. 239.*

234. Interdictum possessionis *recuperandae* in causa beneficiali ordinariam habet executionem ex *c. 5, De rest. sp. X,* quo statuitur: « *Respondemus prius de violenta electione quam de canonica institutione* (seu de iudicio petitorio) *agi debere* ». Sed huic doctrinae, cui non contradicit ius romanum, videtur obstare *cap. ult. De rest. spoliat. in 6* (II, 5), ubi agitur de canonicis qui conqueruntur, se *spoliatos* esse iure decimandi intra fines Ecclesiae parochialis, cuius parochus decimas sibi colligere coepit. Iamvero Bonif. VIII respondit: « ... *nequaquam debent restitui* (canonici) *nisi evidenter docuerint quod earum possessionem legitime assecuti fuissent. — Quia eos occupasse iniuste verisimiliter praesumuntur, cum proveniant ex praediis intra alienam parochiam constitutis. Sitque manifestum* (*nisi aliud ostendatur*) *eas de iure communi ad eamdem Ecclesiam pertinere* ». Difficultatem vero facessit Pontificis iussum, nempe canonicos non esse restituendos, nisi docuerint eorum possessionem iustam esse; cum ostenderimus, spoliato, dummodo civiliter possideat, possessionem restituendam esse, quin inquiratur iusta an iniusta sit, quare *praedo etiam est restituendus,* ex *cap. 5 eiusd. tit. X.* Hinc canonistae communiter, huic texto innixi, hanc limitationem ponunt, nempe - *non dari spolii restitutionem,* si contra spoliatum obstet praesumptio iuris quae faveat spolianti, nisi ille probet, suam possessionem *iustam* esse. - Cf. Reiffenstuel, *De rest. sp. 80.*

Sed in interdicto *recuperandae* seu in causa *spolii* haec regula videtur aliena a principiis instituti possessorii; imo hoc subvertit; actum enim esset de principio a iure can. constituto *spoliatus ante omnia restituendus est.*

Verum Pontificis responsio apte conciliatur cum principiis actionis possessoriae, si advertatur hic non applicari interdictum *recuperandae,* sed potius *retinendae* possessionis. Siquidem agi-

tur actione spolii ad recuperandam possessionem vi ablatam, quando quis a possessione suae rei vel q. possessione iuris vi deiectus est *ex magna et notoria iniustitia*. Atqui Pontifex hic non reperit hanc notoriam iniustitiam, cum sit *manifestum decimas de iure comm. ad Eccl. paroch. pertinere*. Neque probatur, interfuisse *violentiam* qua canonici exclusi sint ab actu colligendi decimas. Hac de causa canonicis exposcentibus commodum *remedium spolii*, Pontifex respondet, non *esse restituendos*, seu non deberi *ante omnia* restitui, sed antea probandum esse possessionem non fuisse iniustam, quod praestari debet tantum in causa *retinendae possessionis*. — Huic interpretationi non obstat factum, nempe canonicos reapse fuisse spoliatos, et hinc agere non potuisse nisi ad recuperandam possessionem, nam adverti debet hic non agi de possessione rei sed de q. possessione (1) iuris decimandi, quod non exercetur continuo sed per interruptos actus, et hinc retentio possessionis eo spectat ut quis tempore et loco debito iterum ponat actum forsan iam ab anno interruptum. Hoc sensu Pontifex ait, *restituendos esse* canonicos, si evidenter docuerint possessionem esse iustam; et hac de causa canonici, non satis intelligentes naturam q. possessionis iuris, arbitrabantur, se esse spoliatos et spolii agere

(1) Et hanc animadversionem puto esse maximi ponderis; adeo ut canonistae non attendentes huic distinctioni arbitrati sint interdicta praecipue *recuperandae* eamdem habere executionem in possessione rerum et in *quasi possessione* iurium. At hoc a vero alienissimum est. Romani recognoverunt ita difficilem seu *impropriam* applicationem interdictorum esse in q. possessione iurium, ut hanc induxerint primo tantum ad *usucapionem* et dein admiserunt *utilem* seu *indirectam* interdictorum applicationem in q. possessione iurium. Cf. Ruggeri *op. cit.* § 752 seq. — *Hinc* in *Frag. Vat. De vi* § *90* legitur: « interdictum ut possidetis *utile* hoc nomine (q. possessionis) proponitur et unde vi, quia *non possidet* ». Praeterea in servitutibus rusticis, quippe *discontinuis* concesserunt interdicta *retinendae*, sed non interdicta *recuperandae*. — In genere adverti debet romanis solemne fuisse in re possessoria, admodum facilius concedi interdicta *reti-*

debere eo quia eo anno amplius non prosequebantur decimas colligere.

Quae iuris praescriptio est adamussim conformis principiis instituti possessorii romani; siquidem, uti praecipit Iustinianus (*Inst. De interd.* § *6*) interdictum *Unde vi* dabatur vi deiecto adversus omnes, etiam adversarium suum, a quo iniuste possideret. Ea contra remedium *retinendae* conceditur *civiliter* possidentibus, qui *civiliter* se possidere ostenderint nec *iniuste* ab adversario suo.

Verum adnotavimus, quomodo in re beneficiali et in omnibus causis spiritualibus quisque fidelium exigere possit *ne iniuste* huiusmodi iura possideantur, quae non privatorum sed reipublicae intersunt. Quocirca ad conservandam possessionem rei spiritualis, si aliqua contra obstet praesumptio vel rationabilis impetitio alicuius fidelis, demonstrari deberet saltem *negative, in possessorio*, possessionem iniustam non esse. Cum vero agitur de restituendo violenter spoliato, restitutio facienda est, etsi contra militet aliqua sed levis praesumptio non iustae possessionis; dummodo praesumptio non sit vehemens vel defectus possessionis non sit notorius; tunc enim rerum spiritualium restitutio fieri non deberet, praesertim beneficiorum ex *regula 1, Iuris in 6*

nendae quam *recuperandae;* hoc maxime vero in q. possessione: cf Ruggeri *op. cit.* § *707.* Inde explicatur quare in dicto capite Bonif. VIII admiserit interdictum *retinendae,* non vero *recuperandae.* — Demum advertemus, praesens caput Bonif. VIII perperam intellectum aditum aperuisse ad subvertendum institutum possessorium, prouti hodie reperimus apud codices civiles, adeo ut, exceptu casu violentae spoliationis, iudicium possessorium talem exigit probationem *iustae possessionis,* ut parum distet a petitorio. Cf. Mattirolo *op. cit. V. I. Azioni poss.* § *252* et Savigny *l. c.* § *50,* qui notat decisionem Bonif. VIII *difficilem* esse. Canonistae theoretice haec interdicta exponentes, omnes admittunt exceptionem a nobis modo reprobatam; alii doctores practici, pro usu forensi eccl., rem exponentes videntur magis hunc scopulum evitare: cf. Menochium, *De recup. poss. remed. I, n. 349* et De Luca *De iud. disc. 20 et 44.*

« *Beneficium ecclesiasticum non potest licite sine institutione canonica obtineri* », et in genere in huiusmodi causis, privato restitutionis iuri praevalet publicum bonum. Cf. Schmalz., *De rest. spol. n. 67* et plures alios auct. ab eo citatos.

Ita declarata Bonifacii VIII responsio non solum consona est principiis iuridicae tuitionis possessionis, sed concordat cum alia praescriptione Innocentii III, applicantis interdictum *recuperandae* iurium q. possessioni, non habita ratione an possessio, quae restituebatur, iusta esset vel iniusta.

235. Revera Innocentius III in *cap. 3, De caus. poss. et prop. X* (II, 12) concedit interdictum *recuperandae* clericis Ecclesiae conventualis in civitate Sutrina, qui se spoliatos fuisse a Canonicis Eccl. Cathed. iure eligendi praelatum, querebantur. Pontifex spolii actionem admisit, siquidem *eis* (clericis) *renitentibus et exclusis* ad electionem procedere praesumpserunt canonici. Quare, in iudicio possessorio decrevit, quia « per testes vero adversae partis (seu clericorum) fuit sufficienter ostensum, quod in trium Episcoporum electionibus .... clerici praesentes fuerint et vocem habuerint eligendi, praemissam electionem factam, eis *contradicentibus* et *exclusis*, decrevimus irritandam, clericos saepe dictos in eam quasi possessionem, quam ante motam controversiam habuerant, reducentes ». Quo in decreto notandum praecipue est, non exquisivisse Pontificem nisi probationem possessionis; nulla de titulo possessionis mota quaestione quamvis « *secundum statuta canonica electiones Episcoporum ad cathed. Eccles. canonicos pertinere noscantur* », uti advertit ipse Pontifex; scilicet *generalem*. praesumptionem iuris resistere clericis et canonicis aperte favere. Unde dispositio Bonifacii VIII amice componitur cum responsione Inn. III modo exposita, et cum generali praescriptione *cap. 5 cit.*, nempe *praedo etiam est restituendus*, si recte distinguatur possessionis statum diversimode defendi per interdictum *recuperandae* seu *spolii*, et aliud interdictum *retinendae* seu *manutentionis*.

236. Exinde locus non est exceptioni quam passim canonistae deducunt ex cit. cap. Bonif. VIII.

Sed alii numero plures referri solent apud interpretes exceptionum casus: ita Corsetus apud Schmalzgrueber *tit. 12, lib. II, n. 31*, ad quinquaginta refert. Verum non sunt, re intimius perspecta, casus exceptionis. Veluti si quis libere et spontanee renunciet iuri restitutionis, ex *cap. 2, De rest. spoliat. X* restitutio non conceditur, sed tunc non fit regulae exceptio sed regula locum habere non potest. Inquam tamen *libere* et *spontanee*, quod nisi evidenter in probatis existat, contrarium praesumitur, « *quia non est verisimile quod sponte iuri suo renunciaverit, qui renuntiavit spoliatus* », uti disponit *cap. 2 cit.*, agens de restitutione facienda, etsi spoliatus restitutioni renunciaverit (1). — Item de iuribus matrimonialibus, de aliis iuribus spiritualibus et similibus non fit aliquando locus restitutioni, quia restitutioni (*quasi possessionis iuris*) resistit ius potius ex. gr. *periculum animae, scandalum, damnum irreparabile, aliud praeiudicium boni publici gravius;* sed haec communis est regula in iuribus se collidentibus perpendendis, ut iuri minori, ceteris paribus, praevaleat ius potius; et iudici prae *iure positivo* ius *naturale-divinum* applicandum sit. Caeterum iurium, praecipue personalium et spiritualium, habetur *impropria* possessio seu *quasi-possessio,* unde in his interdicta non habent *directam* sed *utilem* applicationem, nempe congruentem horum iurium q. *possessioni*. Et hoc nunquam excidere debet (2).

(1) Quare hoc caput est solemnis confirmatio regulae « *spoliatus ante omnia restituendus est* ». Decernitur enim restituendus in beneficio etiam qui beneficio renunciavit *spoliatus*, quia non libere praesumitur renunciasse. Est dispositio admodum attendenda pro praxi, seu in quaestionibus renunciationis factae *sub metu*.

(2) Cl. Ruggeri *op. cit.* § *750 seq.* docte et profunde explicat, quomodo Romani mira ingenii perspicuitate ordinaria interdicta *utiliter* ap-

§ 8. *De novi operis nunciatione et de damno infecto.*

Huc referat. tit. 32, Lib. V, X, et Clem. unic. tit. 6, Lib. V.

Summarium. — 237. Quid sibi velit, *nunciare novum opus* aut agere de *damno infecto.* — 238. Iure can. apposita remedia censenda sunt inter actiones possessorias. — 239. Quid veniat iure can. nomine *novi operis.* — 240. Quidnam sit effectus nunciationis novi operis. — 241. Quid obtineatur post denunciatum *damnum infectum.* — 242. Qua ratione proponi possit nunciatio. — 243. Quomodo averti possit damnum iampridem illatum ab opere perfecto.

237. Ulterius declarantes iuridicam tuitionem a iure can. concessam iurium quoque quasi possessioni, censemus comprehendendas esse inter actiones possessorias *retinendae possessionis*, querelas de *novo opere* et de *damno infecto.* — Siquidem aliquando novum quod extruitur opus, infert praeiudicium rei alicuius vel operis possessori, qui proinde suorum iurium tuetur pacificum exercitium seu q. possessionem, alterum a novo opere prohibendo. — Quare novi operis nunciatio est, *prohibere ne quis in aedificio aut alio novo opere pergat, donec de iure aedificationis constiterit, aut praestita sit eo nomine satisdatio*, arg. *c. c. 1, 2, De nov. op. nunciat. X* (V, 32).

Damnum vero dicitur *infectum* seu nondum factum, quod imminet fundo nostro ex fundo alterius, utputa e domo ruinosa. Ita Paulus in *l. 3, ff. De damn. infect.: « Damnum infectum est damnum nondum factum quod futurum veremur ».*

Qui damnum timet, antequam iudicio petitorio suis iuribus consulat, potest iudicis invocare auctoritatem, ut interim domi-

plicaverint iurium q. possessioni, eadem huius indoli adaptantes aut nova induxerint magis opportuna. — Iure can. constituta est iuridica tuitio quorumcumque iurium q. possessionis sive *retinendae* sive *recuperandae*, quatenus patiatur *subiecta iuris materia.*

num vel possessorem fundi ruinosi cogat ad praecavendum damnum sibi imminens seu futurum.

Iure rom. apposita comparata erant remedia in *tit. De operis novi nunciatione* (1) et in *tit. De damno infecto*, sed interdicta, inde prodita, sane non sunt ordinata ad tuendam possessionem; quippe hisce in casibus non admittebatur iurium q. possessio civilis, uti iam explicavimus. — Ius can. expresse professum est in *tit. De novi operis nunciatione, cap. 1-X* (V, 32), se excipere remedia hac de re legibus romanis constituta, eademque iussit adhiberi in quodcumque genus novi operis pii seu ecclesiastici, veluti Ecclesiae, Monasterii, Collegii et ita porro.

238. Iamvero quia appositae actiones, hisce constitutionibus concessae, spectant ad tuendum iurium liberum exercitium adversus deturbatores et hanc iurium quasi possessionem defendunt, separatim a iudicio petitorio, proinde ex iure can. huiusmodi actiones inter possessorias recensendae sunt. Institutum enim possessorium iure can. adeo ampliatum fuit, ut comprehenderet quamcumque iurium quasi possessionem (2).

(1) Hic tit. habetur in *L. 39 Digest.* et in *L. 8 Cod.*, at *tit. De damno infecto* tantum in Digestis continetur. Non solum in leges canonicas huiusmodi praescriptiones iuris rom. transierunt, sed in codices hodiernos, easdem excipientes a lege canonica, et fere communiter sub aspectu remedii possessorii: cf. Mattirolo, *l. c. n. 311.*

(2) Tit. *De nov. op. nunciat.* in collectione Gregorii IX refertur in *lib. V post tit. De excessibus praelatorum et subditorum* et hinc a Collectore attendi debuit qualitas quasi delicti in novo opere condito in praeiudicium alterius. Tamen haec indoles *novi operis* non impedit intentionem actionis possessoriae, quae subaudit deturbationem factam in statu possessionis, aliquando provenientem ex delicto vel ex quasi delicto. Actio vero est possessoria, quando ordinatur principaliter ad tuendam possessionem, non ad compescendum dolum delinquentis. — Haec advertenda sunt etiam in plura interdicta possessoria iuris rom., uti explicat cl. De Ruggeri, *op. cit.* § *12 seq.* adversus Savigny, admittentis interdicta possessoria esse remedia poenalia.

Verum remedia *de novo opere* nunciato vel de *damno infecto* hoc proprium habent, ut sint necessario *accessoria* iudicio petitorio cui praevia sunt, *interim* defendendo statum possessionis pacificum, et in hoc discriminantur ab aliis actionibus, quae etiam *absolute* decernunt de causa possessionis.

239. Cum primis *novum opus* large intelligitur, uti significat Ulpianus in *l. 1,* § *11 h. t. ff.*: « *Opus novum facere videtur qui aut aedificando aut detrahendo aliquid, pristinam faciem operis mutat* ». Quare iure can. quodcumque opus aut pium institutum conditur, aut e pristino statu mutatur, dicitur *opus novum*, arg. *c. c. 1, 2, 3, h. t.*

In foro can. nunciatio novi operis usuvenit frequentior in facti specie *capitis 1, h. t. X* (V, 32). Vertebatur causa inter priorem S. Cypriani et clericos de Rodigio super Capella, quae in praeiudicium baptismalis Ecclesiae de Costa ab eisdem clericis est extructa. Pontifex Lucius III edixit: « *diligenter considerans quod post denunciationem novi operis sive iure sive iniuria aliquid construatur, legalibus debet constitutionibus demoliri; et quia nulla Ecclesia in praeiudicium est alterius construenda, negotium ipsum secundum legum et canonum statuta non differas terminare* ».

240. Facta nunciatione ab eo qui damnum persentit, aedificator vel operis institutor cessare debet ab opere, ita ut quidquid post nunciationem *iure* aut *iniuria* factum sit, debeat eius expensis in pristinum restitui ex *interdicto demolitorio*. Excipitur casus quo notoria sit iniustitia nunciationis, scilicet notorium sit ius novum opus prosequentis. — Post nunciationem factam et inde impetratam novi operis suspensionem, deveniendum est ad iudicium petitorium, quo quaeritur an novi operis impediendi ius constet nuncianti.

Qui per renunciationem sibi factam ab opere cessare deberet, potest nuncianti offerre *cautionem de opere demoliendo,* quando ex iudicio petitorio constiterit de iure denunciantis ad

novum opus impediendum. Sed nuncians non tenetur accipere cautionem, si valeat *intra tres menses* suam absolvere instantiam; quia ex *l. ult. Cod. Ex quib. caus. rest.* « Melius est intacta iura servari quam post causam vulneratam remedium quaerere ». Sed si post tres menses, arg. *cap. 3 h. t.*, nuncians non probaverit suam intentionem, tenetur hanc cautionem accipere.

241. Si ex opere iam *perfecto* vel a re, puta ab arbore iam iam decidente in fundum nostrum, damnum timeatur, post damni nunciationem, cautio *damni infecti* praestatur a rei possessore, qua seso obligat ad damnum avertendum, vel compensandum, si quod ex suo opere obveniret. Cautionis taxatio vel amice fit inter partes, vel ministerio iudicis, ex voto viri periti. — Dein fiet petitorium iudicium, quo decernitur an et quomodo quaecumque damni futuri seu infecti causa removeri debeat, et an cautio diutius praestanda sit. Cf. *tit. De damno infecto, ff.*

242. Item *nunciatio nov. op.* potest fieri *extraiudicialiter* ab eo cuius interest, et tunc est *monitio amicabilis* vim habens novi operis suspendendi. Sed potest fieri etiam *iudicialiter* nunciatio per ministerium iudicis praecipientis aliquem a certo opere desistere, ad instantiam nunciantis. Quacumque ratione fiat, dummodo constet, nunciationem factam fuisse, si nihilosecius opus prosecutum sit, iudex per *interdictum demolitorium* iubet omnia redigi in eum statum, quo res tempore factae nunciationis versabatur, arg. *c. c. 1, 2 h. t.*

243. Sed quid iuris, si opus quod damnum infert iam pridem sit perfectum, neque a pristina forma unquam fuerit mutatum? Tunc agi non potest de nunciatione *novi* operis, neque de *damno infecto,* quod nempe *futurum* veremur. Inde docet Ulpianus: « Hoc autem Edictum remediumque operis novi nunciationis adversus futura opera inductum est; non adversus praeterita, hoc est, adversus ea quae nondum facta sunt, ne fiant; nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat Edictum de operis novi nunciatione et erit transeundum ad in-

terdictum - Quod vi aut clam - .... nam interdictis restituetur, si quid illicite factum sit » *l. 1, De op. n. nunc.* § *1 ff.* Nimirum recurri debet *ad spolii actionem*, si per vim aut fraudem opus fuerit absolutum, vel ad remedium petitorium extraordinarium, veluti ad *restitutionem in integrum*, de quo infra agemus, vel ad aliam actionem ordinariam, prouti casus ferat.

Si vero opus publice et pacifice perficiatur et ille cuius interest non protestetur, videtur iuri suo renunciasse, nisi intra legitimum tempus suis iuribus consulat. Cf. Bizzarri - Collec. pag. 625.

§ 9. *De cumulo actionum possessoriarum et possessorii cum petitorio.*

Summarium. — 244. Nisi aliquid obstet, admittitur cumulus plurium actionum in possessorio vel possessorii cum petitorio. — 245. *Actor subordinate* cumulare potest plures actiones possessorias; *directe* vero actionem petitoriam cum possessoria. — 246. Conceditur regressus a petitorio ad possessorium. — 247. Cumulus fit ob *rei* reconventionem in possessorio aut in petitorio. — 248. Quo ordine una et altera causa cognoscenda sit.

244. Pro legitimo actionum possessoriarum usu, scitu necessarium est, an plures insimul institui possint actiones possessoriae; et praecipue an caussa possessionis tractari possit una cum causa proprietatis. Haec teneantur.

Iam innuimus iure can. non respui actionum cumulum, qui admittitur ad lites faciliore et expeditiore modo expediendas.

Verum cumulus aliquando non est admittendus in possessionis et proprietatis quaestione, quia iudex qui decernere potest causam possessionis, non aeque valet petitoriam actionem iudicare. — Ut ecce, in *cap. ult., De iud. X* (II, 1), Abbas conventus S. Mariae de Florentia communitatem secularem apud iudicem laicum convenit in possessorio, atque vicit interdicto *retinendae* q. possessionis iuris eligendi rectorem spiritualem

in quodam Castro. — Pars victa coram eodem iudice agere volebat actione petitoria, at decretum fuit, Abbatem non posse reconveniri apud secularem iudicem in causa iuris spiritualis. — Siquidem cum agitur de mero facto q. possessionis iuris spiritualis, iudex laicus non est incompetens, qui tamen *ipsius iuris* quaestionem iudicare non valet. Nam possessio non in *iure* sed *in facto* consistit, et possessio nihil commune habet cum proprietate: cf. Schmalzgrueber, *tit. 12. Lib. II, n. 60 seq.* (1). — Praeterea aliae rationes obstare possunt impedientes huiusmodi cumulum qui, suapte natura, ordinatus est ad utiliorem et expeditiorem iustitiae administrationem.

Iudicis est decernere, in casu peculiari, an utile sit actiones coacervare. Hoc expresse iubet cap. 5 *De caus. poss. et prop. X.*

245. *Primo*, actiones cumulari possunt ad instantiam actoris, instituentis *subordinate* plura remedia possessoria, eo consilio, ut si obtinere non possit decretum *retinendae* possessionis, saltem illud obtineat *recuperandae* aut *acquirendae* possessionis: cf. *cap. 5, De caus. poss. et prop. X* (II, 12) et De Luca, *l. c. disc. 44, n. 9.*

Non *subordinate*, sed *directe* actor promovere potest quaestionem possessoriam et petitoriam. — Inquam *directe,* nimirum ea intentione ut iudex tum unam tum alteram causam decernere debeat. — In quod propositum revocandum est, iuris monitum, scilicet imprudens esse, solam instaurare actionem *petitoriam,* quando quis insimul experiri valet aliquod remedium possessorium.

246. Hinc iura, ut prospicerent utilitati partium minus con-

(1) Ius can. in permittenda huiusmodi actionum coacervatione secutum est ius rom. — Iura civ. hodierna, quia funditus subverterunt institutum possessorium rom., respuunt hunc cumulum. Nam hisce legibus iudicium *possessionis recuperandae* interest publicae tranquillitatis et celerrime quamprimum expediendum est. Iudicium *retinendae* parum differt a petitorio. Cf. Mattirolo, *l. c. n. 293.* Cf. Dalloz *op. cit. vox - action possessoire.*

siderate agentium, statuerunt posse agentem in petitorio regredi ad possessorium, si primam intentionem ei probare difficile aut impossibile sit, et possessionem evincere sit magis facile, arg. *cap. 5, De caus. poss. et propr. X* (II, 12) et *cap. 36, De testibus X* (II, 20). Regressus permittitur, de iure ordinario, tantum in *causa primae instantiae;* sed Clemens V fecit exceptionem pro causis beneficialibus in *Clem. un. De caus. poss. et prop.* (II, 3), in quibus in causa appellationis tum appellanti tum appellato, ait: « *licere decernimus nedum petitorium sed et possessorium intentare. Et in spoliantis odium ante causae conclusionem suspendere petitorium a se vel ab adversario intentatum, in solo possessorio procedendo* ». Sed Pontifex in eadem const. significavit dari hoc privilegium in « *causa beneficiali per appellationem ad Sedem Ap. legitime devolutam* ». Quare hoc observatur tantum *in causa beneficiali* et in appellatione instaurata *apud S. Sedem*, non apud iudices inferiores.

247. *Secundo modo* cumulus fieri potest, si actor proponat *petitoriam actionem;* reus reconveniat in possessorio vel vice versa. Adverte cumulum fieri hoc modo non posse, quando reus *excipiat* contra spoliatorem, quia, uti iam diximus, *spoliatus ante omnia restituendus est*, nec spoliatus auditur in petitorio, nisi omnia restituerit.

At cumulus admittendus non est, *absque dubio, iure can.*, quando actor interponat interdictum *adipiscendae* possessionis et reus instituat iudicium proprietatis. Adnoto *absque dubio iure can.*, nam praetermissis DD. quaestionibus in ius romanum, iure canonico non potest iurium spiritualium et ecclesiasticorum obtineri immissio possessionis absque titulo. *Cf. c. c. 2, 3, 4, 6, De causa poss. et prop. X* (II, 12) et *Reg. 1, Iur. in 6.*

248. Quando cumulantur causae proprietatis et possessionis, a iudice prius cognoscendum de causa possessionis quam de causa proprietatis, ex *cit. cap. 2, De caus. poss. et propriet.*, quippe cumulus consistit in admittendis duabus actionibus eodem

iudicio ab eodem iudice definiendis; tamen in hac cognitione prior locus dandus est causae possessionis, cum possessio designet, quinam rei partes in iudicio habere debeat. — Hoc decernit iudex, edicendo *sententia interlocutoria*, quinam possessor sit. Quare de *sententia definitiva* decernit *caput cit. eiusd. tit.*, aiens, *utrumque una sententia debet terminari.* Nempe iudex postquam statuerit quinam possideat, prosequitur ad excipiendas probationes in *petitorio* et etiam in *possessorio*, si circa possessionem, ad eius alios effectus determinandos, utputa fructus perceptos et consumptos aut expensas, aliqua supersit quaestio; et dein utramque causam una sententia terminat.

Nihilominus si de causa possessionis iam constat, sed super proprietate longa adhuc superesset et difficilis controversia, potest iudex antea terminare iudicium possessorium, ita determinando legitimum possessorem, qui interim pacifice possidere prosequatur; ex *cap. 2, cit. tit.* (1)

Demum ait *cap. 6 cit.*: « *Sed licet in pronunciatione sit possessio praemittenda, in executione tamen debet proprietas praevalere* ». Scilicet quando uno iudicio utraque quaestio ter-

(1) Non desunt recentiora documenta, quae firmant ecclesiasticam iurisprudentiam in quaestionibus possessoriis. Ad rem consuli possunt decisiones S. Cong. Concilii in causa possessionis iurium beneficialium, apud Pallottini op. cit. Tom. 15-V. *Possessio in genere.* Item conferenda est resolutio eiusd. S. Cong. relata in ephemeride *Acta S. Sedis v. IV p. 383.* — Benedictus XIV in literis datis ad Secretarium S. Cong. de Prop. Fide « *Urbem Antibarum* » *die 19 Martii 1752*, interpretatur caput « *Saepe contingit* », occasione quarumdam quaestionum motarum ab Archiepiscopo Antibarensi circa bona Eccl. prius occupata ab infidelibus, postea empta a Christianis. Pontifex declarat bona *immobilia* etsi bona fide empta, tamen repeti per actionem spolii eademque esse restituenda cum fructibus absque ulla restitutione pretii ab Ecclesia facienda. Quod ad bona vero *mobilia*, tradit, ex probata Theologorum sententia, bona fide empta posse tuta conscientia retineri, dummodo Christiani emerint animo restituendi, quotiescumque a domino impensae pecuniae fuerit emptori restitutio oblata.

minatur, sententia prius contineat causae *possessoriae* definitionem et postea petitoriae, quamvis in sententiae executione dominus in primis suam habeat *rem*, vel *aestimationem*, dein possessor iuxta possessionis qualitatem debitam obtineat indemnitatem. — Exinde patet quaenam sit utilitas cumulandi utrumque iudicium, ita ut si possessor vincat in possessione, non solum commodum habeat peragendi partes *rei*, sed in restitutione facienda, si bona fide praeditus fuerit, fructus b. f. perceptos et consumptos ex lege romana a iure can. non repudiata restituere non teneatur.

Caput II.

DE ACTIONIBUS PRODITIS AD ACTUS VEL NULLOS DECLARANDOS VEL MINUS AEQUOS AD AEQUITATEM REDUCENDOS VEL RESCINDENDOS.

Huc referant. Tit. 40, 41, 42, Lib. I, X et 14, Lib. II, X.

Summarium. — 249. Declaratur ratio et obiectum harum actionum. — 250. Declaratur natura actionis nullitatis. — 251. Dantur regulae pro dimetiendo valore actuum iudicialium et hinc designantur casus et modi, quibus interponitur *actio nullitatis.*

249. Actiones, de quibus modo dispiciendum est, ordinatae sunt ad impediendum, quo minus ex actibus nostris vel nullis vel minus perfectis, aliis iura gignantur in nostrum praeiudicium. Revera actus, utputa contractus venditionis, est aliquando nullus ob defectum consensus, vel si nullus non est, tamen aliquo laborat defectu, veluti erroris, doli, metus, unde iniquum esset, ei, qui exinde damnum patitur, non succurrere per *actionem nullitatis,* ad demonstrandum actum nullum esse, aut per aliam actionem ad actum taliter imperfectum vel rescindendum vel corrigendum, prouti aequitas postulat.

250. De vitio doli et metus et de actionibus aut exceptionibus inde proditis infra dicemus, item de remedio *restitutionis in integrum.* — Interea aliquid innuemus de *actione* seu *querela nullitatis.*

Haec competit ad obtinendam *actus nulli* declarationem, sive actus sit iudicialis sive extraiudicialis. — Actus vero est *iure naturali* nullus, quando desit aliquod substantiale elementum, veluti si error adfuerit quoad substantiam actus. Est nullus ex *iure positivo*, si careat ea forma, a lege praescripta ad *valorem actus.* — Nos aliquid innuere debemus de actibus iudicialibus.

251. In quod propositum haec urget quaestio: nimirum, quia lex iubet actum certa forma aut ratione ponendum esse, si praescriptum legis non observetur, quaeritur an actus sit nullus.

Ad dimetiendum actuum iudicialium valorem, qui frequenter in controversiam venit, haec quaestio est plane magni ponderis. Iamvero haec teneantur principia:

1) Actus qui *naturali iure* est validus seu nullo laborat defectu substantiali, sed iure positivo prohibetur, est aeque validus iuxta positivum ius, nisi prohibeatur *expresse sub poena* nullitatis; ut docet regula iuris can. « *Multa fieri prohibentur quae si facta fuerint, obtinent roboris firmitatem* », *ex cap. 6, De regular. X* (III, 31) cf. Bened. XIV. *De syn. XII, 5, 3* (1).

2) Quare quando dubitatur, an actus iure nat. validus, valeat etiam iure posit., revocanda sunt generaliora principia « *in dubio omne factum praesumitur recte factum* » et « *in dubio respondendum est pro valore actus* ». Nam nullitas est poena et *nulla poena sine lege certa. Cf. Cl. 13 ff. De reb. dub.;* et *80 ff. De verb. obl.;* et *cap. 5 De verb. signif. X* (V-40).

3) Exinde canones praescribentes aliquem actum iudicialem, expresse innuunt, processum fieri nullum, nisi observetur actus et forma praescriptionis. Exemplum obvium habetur in Const. Benedictina *Dei miseratione,* pro causis matrimonialibus iubente, Defensorem vinculi adhibendum esse in omni parte processus; secus acta nullius sunt roboris.

4) Aliquando vero non reperitur in lege expresse cautum, certum actum requiri ad substantiam processus; nihilominus si

(1) Codices hodierni solent praescribere formam processus sub poena nullitatis: ita cod. cit. Greg. art. 408 iubet: « Quaecumque violatio legum iudicium ordinantium inducit nullitatem actus: at hic potest reiterari, nisi praeterlapsus sit terminus peremptorius a lege praescriptus ». At nullitas a parte cuius interest nisi opponatur, censetur remissa; ex art. 778, nempe: « Nullitas actus defectu formae debebit opponi intra tres dies ....: hoc delapso termino, actio nullitatis non admittitur ».

actus praetermittatur, iudicium nullum est. Veluti si iudicium instauretur, congrue non citata adversa parte, vel eidem non facta plena facultate se defendendi aut probandi suam intentionem, processus iudicialis nullitate laborat intrinseca, nempe ex ipso iure naturali. — Nam actus processus potest esse nullus in se spectatus ob defectum naturalem, utputa nulla est litis contestatio ab eo facta, qui suae mentis compos non est. Sed non semel omissio aut imperfecta positio alicuius actus inficit integrum processum, eumque nullum facit. Quamobrem inspicienda est ipsa processus natura et intentio cuiusque instantiae iudicialis, ut decernatur, an aliquis actus certa forma instructus necessario requiratur ut processus valeat (1).

5) Defectus autem nullitatis potest sanari sed diversimode. Nam nullitas sive proveniat a iure nat., sive a iure posit. decernitur ad praecavendam laesionem alterius partis. Unde ille cuius interest, renunciare potest iuri suo et exinde supplere defectum. Ut ecce, si pars non citata, ultro compareat in iudicio et se congrue defendat, impedit nullitatem processus. Verum saepius actus iubetur aut certa forma praescribitur in bonum publicum, et tunc partes non valent compensare actus defectus, sed tantum Legislator hac pollet auctoritate, quippe boni publici moderator. Exemplo sit cit. Const. Bened. XIV, quae in suis praescriptionibus de causis matrimonialibus tantum a Rom. Pontifice derogari potest.

6) Exinde alia fluit regula; nimirum *declarationem nullitatis,* quae ordinata sit in bonum privatum, a iudice non pronunciari nisi *ad instantiam* partis cuius interest; haec enim nisi instet, censetur iuri suo renunciasse. Nullitas vero actus, qui

(1) In cod. cit. Greg. ita enumerantur defectus substantiales art. 780: « Sunt defectus substantiales: 1) omissio citationis; 2) carentia iurisdictionis in iudice; 3) carentia mandati procuratorii », et in genere carentia qualitatis personae iuridicae ad standum in iudicio.

praescribitur in bonum publicum, denunciatur a iudice *ex officio*. Veluti decernere, processum nullum esse ob non servatam Const. Benedictinam, pertinet *ad officium* iudicis. — Sententia autem qua declaretur, actum citationis nullum esse ob defectum substantialem vel ipsum processum nullum esse ob omissam citationem, implorari debet ab eo cuius interest, et planum est.

7) Demum quia fraus et dolus nemini patrocinari debent, si quis aliquem actum omittere curet aut non perfecte ponat, eo consilio, ut processus nullus fiat et inde iudicis sententia differatur, non ipse querelas nullitatis urgere potest, sed adversarius, si nempe sibi expedire arbitretur; nam *factum cuique suum non adversario nocere debet*, ex *l. 155 ff. De reg. iur.*

8) Si vero nullitas evitari non possit, vel quia decernenda est ex officio, vel quia non expedit adversario eam praetermittere et sanare, tunc iudex condemnabit partem quae nullitatis causa fuit, ut adversarium indemnem reddat, seu damnum reficiat ex actu nullo alteri proveniens. — Et hoc praestandum est, sive nullitas e dolo proveniat, sive absque dolo habita sit (1). — Verum ob *mixtum imperium* competens, iudex potest poenam veluti multam imponere parti, cuius fraude factum est, nullum esse actum. Cf. Bened. XIV, *De syn. dioec. Lib. X, cap. 9 et 10.*

(1) Haec ita decernuntur in cod. cit. Greg. art. 410: « Nemo opponere potest nullitatem actus ob defectum formae, cui nullitati ipse aut alii, eius nomine agentes, causam dederint ». In art. 411 cavetur: « In casibus nullitatis ob omissionem aut inobservantiam praescriptae formae, poterunt iudices ordinare, actus renovandos esse expensis procuratorum, cursorum aut aliorum officialium qui actus ponere debebant legitime: praeterea poterunt, pro rerum adiunctis, eos condemnare in refectionem expensarum et damnorum, aut etiam in certam multam ». Articulus loquitur de procuratoribus et non de ipsis litigantibus, quia codex praescribit necessitatem litigandi per procuratorem, uti iam explicavimus.

§ 1. *De alienatione iudicii mutandi causa facta.*

Huc refert tit. 42 Lib. I.

Summarium. — 252. Prohibetur alienatio tum actionis iudicialis tum rei litigiosae dolo facta. — 253. Exinde actori comparata fuit *actio realis* et *personalis*; reo *exceptio* et *actio personalis* ad indemnitatem.

252. Lex irritans, directa in bonum privatum, continetur in remedio iure romano introducto contra fraudem alienandi actionem iudicialem vel rem contentioni obnoxiam. Re quidem vera in *l. 3 ff. tit. De alienatione iudicii mutandi causa*, et *l. unic. Cod. eiusd. tit.*, et *Iure can.* in *tit. 42, lib. I*, sub eadem rubrica, actionis iudicialis compescitur alienatio, vel rei litigiosae, facta eo consilio, ut actio aut res deveniat in manus potentioris aut callidioris personae vel ad tribunal alterius iudicis; et inde lis alteri parti durior et difficilior fiat. Dispositio haec tenet tum reum tum actorem, scilicet reum alteri alienantem rem ad eamdem efficacius defendendam; actorem vero actionem alienantem ut alius hanc magis urgere valeat in damnum rei.

Hinc ius can. in *cap. ult. h. t.* prohibet clericis accipere actiones laicorum, quas, ipsi clerici abutentes privilegio fori, apud mitius ecclesiae tribunal, cum dispendio iustitiae et quaestu scandaloso, experiebantur.

253. Contra huiusmodi fraudem actori prospexit lex, irritans dolosam rei litigiosae alienationem, quocirca duo remedia comparata sunt taliter laeso:

1) *actio vindicatoria* rei alienatae adversus eiusdem possessorem;

2) *actio personalis* exercenda intra annum in alienantem, ut hic praestet, quanti intererat rem alienatam non fuisse.

Reo vero concessa fuit ad elidendam actionis alienatae vim,

1) *exceptio* peremptoria contra agentem ex sibi alienata actione;

2) Adversus alienantem vero *actio* personalis ad indemnitatem.

Ex *cap. 1 h. t.* si quis rem alienaverit iudicio subiectam iudicis delegati, cavetur hunc iudicem posse tum actionem rei vindicatoriam tum actionem personalem ad indemnitatem definire adversus rei alienatae possessorem, quamvis iure ordinario delegati iurisdictio exercenda sit tantum inter personas in rescripto designatas (1).

§ 2. *De actionibus doli metusve causa comparatis.*

Summarium. — 254. Aliquando actus humani quamvis validi, tamen aliquo laborant defectu, unde rescindendi sunt. — 255. Explicatur notio *doli*, qui dirigitur ad inducendum alterum in errorem. — 256. Dolum passo succurritur per actionem et exceptionem doli, sive hic errorem induxerit *substantialem* aut *determinantem*. — 257. Inde notatur differentia inter simplicem errorem et errorem dolosum. — 258. Quomodo occurratur errori doloso *incidenti*. — 259. De dolo ab alio actui extraneo patrato. — 260. Sed nonnulli actus nullimode rescindi valent. — 261. Explicatur notio *metus*, qui afficit valorem actuum. — 262. Quaenam conditiones constare debent metui, ut apposita iuris remedia invocentur. — 263. Quia nonnulli actus sub metu positi nulli sunt, tunc instituitur *actio nullitatis*. — 264. Alii actus vero sunt *rescindibiles*, et ad hoc instituitur *actio* vel opponitur *exceptio metus*. — 265. Innuuntur potiores actus qui, sub metu positi, sunt ipso iure nulli. — 266. Quaeritur utrum actus alioquin rescindibilis, fiat prorsus firmus et irrevocabilis, si accedat iuramentum. — 267. Actiones doli et metus sunt species actionis rescissoriae, cuius genus est remedium *restitutionis in integrum*.

254. Adsunt actus qui nulli non sunt, quippe iure positivo et naturali validi propriam habent iuridicam vim, quos tamen,

(1) Sed quia haec nullitas est decreta in bonum privatum, nisi partes agant, censentur iuri suo renunciare et negotium alienationis ratum habere. Praeterea hoc titulo proscribitur alienatio actionis vel rei litigiosae dolo facta; quia si omnis absit dolus, alienatio firma est et legibus probatur, cf. *in Digestis et in Codice tit. De litigiosis*; et Pirhing. V, 42, *2, 10.*

ob aliquem defectum, ex aequitate praestat vel corrigere vel rescindere, ipsis dempto quocumque iuris effectu, eum cuius interest in pristinum statum restituendo. Verum *actus* assumimus etiam *negative* pro omissionibus; has enim solent consequi iuridici effectus.

Humani actus, quippe a voluntate initium assumunt, vitio laborant, si plenus desit consensus seu libera penitus non sit electio voluntatis, elicita cum plena obiecti cognitione. Hinc obstant *metus* et *error*, et error in primis, sive proveniat a causa naturali, utputa ex defectu aetatis, sive ex dolo vel fraude alterius qui obiecti necessariam cognitionem impediat vel falsam suggerat notitiam.

Modo agemus de *dolo* et *metu*, ut explicemus remedia prodita ad subveniendum iis, qui dolum aut metum passi sunt. De errore singillatim nihil dicendum est. — Nam agentes de dolo comprehendimus errorem dolo causatum et exinde hunc comparabimus cum errore, qui a dolo non provenit. — Postea vero exponendum erit remedium extraordinarium, nimirum *in integrum restitutio*, quae est actio *rescissoria* competens iis, qui, ex defectu aetatis vel ex aliquo alio defectu, non plena fruuntur cognitione obiecti suorum actuum. Proinde etiam hoc subsidium a lege proditum est ad corrigendos errores, in quos labi aut adduci solent certae personae, veluti minores, vel etiam maiores, quando aliqua legitima causa impediuntur quominus plene advertant in suos actus.

Apposita remedia decernuntur praecipue in *tit. 40, I, X, De his quae vi metusve causa fiunt; tit. 14, II, X, De dolo et contumacia*, et *tit. 41, I, X, De in integrum restitutione.*

255. Dolus, iuxta definitionem datam a C. Gallo Aquil. apud Cic. *De off. III, 14*, « *obtinet cum aliud agitur aliud simulatur* ». Hic non quaerimus in genere de dolo, qui in re criminali est plena animi deliberatio aliquid agendi vel omittendi, sed hic agimus de ea simulatione aut dissimulatione di-

recta ad decipiendum aliquem, unde alius lucratur. Verum aliquando, salva iustitia, licet aliquid (1) simulare, unde latini distinguebant *dolum bonum* a *dolo malo*, qui est « *quaevis calliditas, fallacia machinatio ad circumveniendum, fallendum, laedendum alterum adhibita* », ex *l. 1*, § *2 ff. De dolo malo*. Quoad actus valorem, defectus doli consistit in *errore*, sed quoad effectus iuridicos maxime interest discernere actus *erroris* labe infectos et actus sub *errore doloso* positos.

256. Quare inspiciantur isti diversi casus:

1) Si error, ex dolo inductus, est *substantialis* seu versatur circa obiectum consensus, tunc actus est necessario nullus, non secus ac adfuerit simplex error. Sed quia dolo error causatus fuit, contra dolum patrantem competit laeso actio ordinaria ad indemnitatem, qua obtinebit, quanti eius intererat actum positum non fuisse.

2) Si error taliter dolosus est *determinans* seu *dans causam* actui, scilicet versatur non circa actus substantiam, sed aliquam eius qualitatem; utputa si quis societatem ineat, spe allectus lucupletiores percipiendi fructus, quos ei sperare per dolum et fraudem persuasum fuit; huiusmodi actus iure naturali et positivo validus est, tamen in odium doli, laeso datur actio « *quod doli causa* » *ad rescindendum actum*, nec non actio *ad indemnitatem*.

Si vero qui dolum commisit, ipse agat ad exigendum quod suo dolo malo promissum aut conventum fuit, competit dolum passo exceptio doli ad eius intentionem summovendam ex *l. l. 1, ff. De dolo malo* et *2 C. eiusd. tit.* et *toto tit. ff. De doli exceptione,* quae remedia praxis fori eccles. constanter amplexa est.

(1) Veluti in bello si exercitus se in fugam vertat *simulate* ad decipiendum hostem, habetur *dolus bonus*. Verum Festus *v. dolus* testatur desuetam tunc latinis fuisse doli in bonam partem acceptionem.

257. Proinde inter simplicem errorem et errorem ex dolo differentia est, simplicem errorem, ad actum determinantem, actionem non praestare ad actum rescindendum *ordinario* (1); hanc vero praestare *errorem dolosum*, in odium patrantis dolum. Probe tamen advertatur, nos heic substantiam seu actus obiectum accipere *moraliter* non *metaphisice;* et error substantialis intelligendus est, si erratum sit in his qualitatibus quae ex rerum usu et modo loquendi pene recidunt in substantiam; veluti si emerim domum ruinosam habitationi non accommodam; cf. *l. 29, ff. De aedil. edicto.*

258. Error ex dolo proveniens, si est *incidens* seu accidentalis adeo ut nempe, etsi non interfuisset, nihilo secius actus positus fuisset, damnum passo dat actionem tantummodo ad petendam indemnitatem, in odium dolum patrantis. Nam si non adfuisset dolus, simplex error ad nullam indemnitatem ius daret.

259. Hactenus locuti sumus de dolo, cuius auctor ille est qui ex actu lucratur, seu unus ex contrahentibus. Dolus vero, proveniens ab extraneo quem nempe actus, natura sua, non attingit, dat ius tantum ad indemnitatem adversus decipientem, sive fuerit error *determinans* sive *incidens.* — Error autem *substantialis* actum reddit nullum, unde competit actio ad demonstrandam actus nullitatem, nec non ad obtinendam indemnitatem adversus decipientem, ex *l. Iulianus* § *Si venditor ff. De actionibus empti*, et ex *l. Eleganter ff. De dolo* et ex *l. 2, ff. De proxeneticis.*

260. Sed vix praestat animadvertere, istas actiones ad *rescissionem* locum non habere in actibus natura sua irrescindibilibus, uti est matrimonium et professio religiosa, qui actus sub certo errore statim invalidi sunt; quod si error aut

(1) Inquam - *ordinario* - quia non semel ob conditionem aetatis, veluti in minoribus, aut alia impedimenta conceditur remedium extraordinarium *restitutionis in integrum.*

quaecumque alia causa eos invalidos non efficiat, non amplius eos rescindere fas est, actione ordinaria.

261. Modo de metu. *Titulus 40, lib. I, X, De iis quae vi metusque causa fiant*, agit de hac materia. — Vis quae est *maioris rei impetus cui resisti non potest;* ex *l. 2, ff. Quod metus causa* - aufert *libertatem externam* seu physicam potestatem peragendi exterius quod interius libet; quapropter actus *sub vi* positi nulli sunt et, quoad istos, solum aliquando necessitas urget agendi ad eorum nullitatem declarandam. *Internam libertatem, vis*, quippe est *extrinseca*, auferre non valet; scilicet impulsus materialis subiectum spirituale impellere, urgere non potest, sed aliquando *indirecte* et per *accidens* exterior violentia ita phantasiam deturbat, ut impediat rationis usum ex quo veluti ex sua causa pendet liberum arbitrium seu voluntas. Metus vero est ex *l. 1, ff. Quod metus causa*, - instantis periculi vel futuri causa mentis trepidatio, - seu consistit in periculo intellectu apprehenso, quod mali instantis aut futuri timorem ingerens vehementer excitat ad illud effugiendum; quamobrem metus aggreditur libertatem in sua causa seu in intellectu et in suo subiecto seu in voluntate; cf. *D. Th. 1. 2-13, 1.* Proinde labefactat et debilitat libertatem *internam* et dein *externam;* tamen non tollit libertatem, unde actus sub metu positi sunt iure naturali et etiam iure can. validi; ex *cap. 10, De sponsalibus, X* (IV, 1). Eleganter Paulus dat rationem decidendi in *l. 21*, § *5, ff. Quod metus causa: « quamvis si liberum esset, noluissem tamen coactus volui »*, iuxta vulgare effatum: *« coacta voluntas est semper voluntas »*.

262. Verum aequitate exigente metum passo succurrendum erat per remedia iudicialia, si *gravis* et *iniustus* fuerit metus *et incussus ad extorquendum consensum.* Sed metus debet esse,

Gravis, quia ex levi metu quis non praesumitur ad agendum compulsus. Metus est, *per se*, gravis quando periculum illud

est quod trepidare iubet hominem constantem, seu cadit in constantem virum ex *c. c. 4. 6. h. t. X.* In foro externo mensura metus seu mentis trepidationis est gravitas periculi *obiectiva,* quamvis metus *in se* consistat in mentis trepidatione, unde libertas extenuatur. Siquidem auctoritas fori externi, iudicans ex ordinarie contingentibus, pro ordinario criterio assumere debuit periculum *obiective grave.*

At aliquando, sive ob debilitatem sexus sive ob indolis imbecillitatem, gravis excitatur mentis trepidatio ob periculum *in se* leve; et tunc probanda est haec gravis mentis commotio, ad obtinenda iuris remedia comparata iis qui gravem metum passi sunt, tunc enim *metus est relative gravis.* Hoc criterio relativo aestimatur *metus reverentialis.*

Iniustus; quia metum passo succurrendum est, quando eius *ius* laesum fuerit. Metus vero est *iniustus,* quando infertur absque legitima causa aut iuris ordine non servato; quocirca metus dicitur iniustus *quoad substantiam,* si nulla subsit iusta causa metum inferendi; si vero in iusto inferendo metu solummodo iuris ordo praetermittatur, metus est iniustus *quoad modum;* veluti quis potest *iniuste* exigere pecuniae summam non sibi debitam (1); vel summam sibi debitam iniuste exigere, adhibita coactione. Quare, rerum attenta veritate, metus *quoad modum* iniustum non laedit iustitiam *commutativam* sed iustitiam *legalem* seu socialem ordinationem. — In sua *substantia* autem metus iniustus est, quum liberi agentis voluntas alterius voluntatis liberum cursum praepedire conatur, actum exigendo contra liberi arbitrii electionem. Quamobrem metus etsi agentis voluntatem compellat, non est iniustus, vel si procedat a causa

(1) Iudex eccl. ei qui stuprum commisit, opponit hoc dilemma: *aut duc aut dota.* — Si stuprator ducat hisce minis adductus, valide contrahit, quia metus iustus est. Si pater stupratae virginis, ense districto, hoc idem dilemma stupratori obiiciat, metus fit iniustus tantum *quoad modum* seu ob praetermissam formam legalem minarum.

naturali (1) *extrinseca non libera*, puta a bellua, a maris tempestate, sub cuius periculi trepidatione votum emittat, cf. *cap. 17 De regul.*, *X* (III, 31), vel etiam si metus fiat *ab intrinseco* seu cum ipsa res apprehensa, per se, trepidationem facit, veluti mortis periculum vel poenarum inferni consideratio; cf. *l. 21, ff. h. t.* Tunc metus non est iniustus, quia non est contra naturalem ordinem iurium; siquidem iuris laesio fieri non potest formalis, *nisi a causa libera extrinseca aliquod alterius liberi agentis ius impediente, aut oppugnante.* Re quidem vera quicumque actus, sub gravissimo metu *non iniusto* positus, plena fruitur firmitate, et in hoc omnes Doctores conveniunt. Hinc patet metum non esse reapse *iniustum*, nisi

(1) Denique ut rite intelligatur ratio loquendi canonum, adverti debet *vim* non semper ita *metui* opponi, ut *per vim* alterius actus extorqueatur contra eius voluntatem; *per metum* autem alter ad assentiendum inducatur. Nam saepius dicuntur valere acta posita *sub vi* sed debere rescindi; in *cap. 2 h. t.*, *X:* « *Unde quia quae metu et vi fiunt de iure debent in irritum revocari* etc. » Quare in recitata sententia *vis* assumitur pro mentis trepidatione ob periculum praesens seu *instans; metus* vero ob periculum futurum. Hoc sensu in rubrica tituli ponitur: « *De his quae vi metusve causa fiunt* »; quia revera sub *physica* violentia acta non fiunt ab agente, sed ponuntur a violento aggressore; prouti explicat *cap. 5 h. t.*, *X:* « Distinguimus autem utrum is qui communicat excommunicatis invitus, sit per *coactionem* adstrictus aut *per metum* inductus; in primo casu talem non credimus excommunicatione teneri, *cum magis pati* qua *agere* convincatur. In secundo, licet metus attenuet culpam... excommunicationis labe credimus inquinari ». — In definitione metus a nobis tradita excluditur vis, seu *physica* coactio et comprehenditur vis, seu moralis violentia ob periculum praesens. Has diversas acceptiones *vis* et *metus* notavit Ulpianus in *l. 1, Quod metus, ff.*, aiens: « Olim ita dicebatur: *quod vi metusve causa; vis* enim fiebat mentio propter *necessitatem* impositam contrariam voluntati; metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione. Sed postea detracta est vis mentio, ideo, quia *quodcumque vi atroci* fit, id *metu* quoque fieri videatur ». In *cap. 14, De sponsal.*, *X* (IV, I) mentio habetur *metus* vel *coactionis;* et ita coactio assumitur pro *vi*, seu morali coactione.

proveniat ex causa libera *extrinseca;* attamen solet addi, quasi distincta qualitas, quod metus sit *iniustus* et *ab extrinseco.*

Demum *incussus ad extorquendum consensum,* quia metus iniustitia provenit ex laesione iuris liberi agentis, qui alterius liberi agentis violentiam patitur obnitentis illius liberum arbitrium ad actum pertrahere, electum non ab eo qui agit, sed ab ipso metum inferente. Attamen Schmalzgrueber *h. t. n. 27 seq.* et De Lugo, *De iust. et iure., Disp. 22, n. 175 seq.*, autumant hanc conditionem necessariam non esse, sed sufficere *metum gravem, iniustum quoad substantiam*; at communior est contraria sententia, nempe *metum gravem esse debere iniustum quoad substantiam, incussum ad extorquendum consensum.* Sanchez ita opinatur, *lib. IV, XII, n. 3,* alios gravissimos citans DD. — Quocirca *c. c. 14, 15, 28, De sponsal., X* (IV, I) et *cap. 1 h. t. X,* diversimode commentatores interpretantur (1).

Et in hoc convenire videntur Doctores, nempe irritum vel irritandum esse actum positum sub metu gravi *iniusto quoad substantiam,* incusso non ad extorquendum consensum, sed qui ab inferente aufertur, si metum passus aliquid rogatus praestet

(1) In hoc propositum cl. D'Annibale ita ratiocinatur, *II,* § *304:* « Dixi ad *extorquendum;* quid igitur si quis metu sibi incussu ex alia causa v. c. detrusus in carcere et capite plectendus, ut se liberaret, alicui dedit aliquid vel promisit, v. c., se filiam eius ducturum? Et siquidem *extraneo,* valet quasi contractus *do ut des;* sive sponte id promittat, quod planum est; sive requisitis ab alio, quia is magis aufert quam infert metum. Sin *ei a quo metuit,* siquidem huic sponte obtulit ipse, adhuc valet, quamvis malum sibi inferendum sit iniustum; utputa si dominus obsessae civitatis filiam obsidentis uxorem petat, ut iniqua obsidione se redimat; quippe libere eligit medium huiusmodi. Sin rogatus ab illo, Sanchez adhuc valere putat quia is adhuc aufert, non infert metum; Pontius contra, quia tacite infert denuo, nisi ille id quod rogatur, faciat. Et si is rem iustam exigit, recte Sanchez; sin iniustam, recte Pontius, quia is novam iniuriam facit ».

tamen iniuste petitum, quod si non praestetur, metus non tollitur. Nam his in adiunctis nemo non videt metum, *per accidens* seu ex post facto, eo devenisse ut infligatur *iniuste ad extorquendum consensum.* Haec est species *cap. 1 h. t.*, cui maxime innititur Schmalzgrueber *l. c.* sed eius sententiam non videtur evincere. Nam nostra quaestio est, an valeat actus positus ad evitandum metum *iniuste*, sed ad hunc actum extorquendum nullimode incussum; utputa si Caius Maevii filiam ducat ob illius graves minas vitandas, illatas ad pecuniam extorquendam. Et in hac resolvenda quaestione revera Doctores non conveniunt, at communior sententia affirmat, actum plene valere nec esse rescindibilem; cf. S. Alphonsus, *VI, n. 1649* (1). Notetur metum iniustum esse debere quoad *substantiam*, non solummodo quoad *modum*, quia secundum *rei veritatem*, quam canones cum primis attendunt, huiusmodi metus iustus est, et qui iuste metum patitur, ex *l. 21, ff. Quod metus causa*, « *Ipse sibi metum infert* » (2).

Demum si iudicari debeat quaenam ex duabus sententiis *doctrinaliter* videatur potior et probabilior, sane magis est principiis conformis sententia negans, actus positos sub metu gravi iniusto sed non inconcusso ad eos extorquendos, esse aut ipso iure nullos aut rescindendos ad instantiam laesi; quia quod ad illum actum metus reapse non intelligitur factus; et est secundum humanam naturam uti electione alicuius medii ad fugiendum malum iuste sive iniuste passum. Et haec canonum videtur

(1) Quia haec quaestio gravior est pro materia matrimoniali, cum cl. Gasparri, *De mat.*, *II, 821* advertatur: « Stante hac controversia, si agatur de matrimonio ineundo, nunquam permittitur, ut clarum est, si de matrimonio contracto, interim stetur pro illius validitate, donec S. Sedes aliud non declaraverit ».

(2) Saltem iuxta veriorem sententiam; cf. D'Annibale *l. c.* Nam in non servando tantum *modo* petitionis aut exactionis non laeditur iustitia ea ratione qua diximus contineri omnem iniustitiam metus.

mens fuisse, subveniendi metum passis *quoad eumdem actum metu extortum* (1).

(1) Haec iterum noto quoad *iniustitiam* metus, quia remedia a iure concessa ad rescindendos actus metu affectos, tendunt ad propulsandam metus *iniustitiam*. Unde quando metus est *iustus*, etsi gravissimus, non datur actus *rescissio* aut *nullitas*. Hinc DD. qui autumant, remedia metus causâ prodita invocari, etsi metus non sit *incussus* ad extorquendum consensum, probare debent, metum *iniuste* afficere etiam illum actum ad quem non fuit directus. Sed non videtur verum, si attendatur metus iniustitiam contineri in oppositione violenta liberi agentis obnitentis liberum agentem pertrahere ad actum ab isto non electum. Quare iniustitia metus afficit actum ad quem incutitur. — Haec quaestio non est *in praxi* tam gravis, quando causa est de actibus, qui imperio iudicis possunt rescindi, veluti contractus. — Gravissima est quando quaeritur de valore actus, qui vel nullus est ab initio, vel nunquam potest rescindi, utputa matrimonium. — Et quaestio eo complexior est, quia DD. non conveniunt an mat. sub huiusmodi metu gravi sit irritum ex *iure naturali* an ex *iure positivo*. — Si dicatur ex iure naturali esse irritum, tunc ad nullum declarandum matrimonium, debet probari in casu non eam adfuisse libertatem, quam naturae lex requirit in contractu matrimoniali. Si vero teneatur matrimonium nullum esse ex iure positivo (et est sententia longe verior et probabilior) tunc oportet adinvenire textum iuris hanc nullitatem decernentem. — Iamvero *capita* quae afferuntur, decernunt de *met. iniusto incusso ad extorquendum consensum*. Caput I, *De his quae vi metusve causa, X*, quod citat Schmalzgrueber etiam in *L. IV, I, n. 398*, uti probans suam sententiam, aperte decernit de casu metus antea incussi ad alium scopum, sed qui aufertur, si emittatur professio religiosa, uti iam explicavimus. - In *cap. 28, De spons., X* (IV, I), fit generalis praescriptio de libertate necessaria ad matrimonii validitatem, sed non decernitur, hanc libertatem auferre etiam metum incussum ad alium actum extorquendum vel ad alium scopum, non ad consensum matrimonialem obtinendum. Imo verba *capitis* etsi generalia non obscure videntur huc spectare, ut mulier quae exprimere debet consensum matrimonialem, reponatur in loco tuto seu immuni a praepotentia illorum, qui hunc consensum vellent extorquere. — Aliunde casus metus *iniusti non incussi ad extorquendum consensum* est perrarus, et ius positivum attendit casus ordinarie contingentes.

263. Metum passis ius positivum remedia comparavit ad damnum et iniuriam propulsandam (1). Cum primis sermo sit de actione seu declaratione nullitatis. Huiusmodi controversia frequens esse solet in foro eccl. ob causas matr. ibi agitandas ad matrimonii declarandam nullitatem; quod negotium partium et Reipublicae maxime interest. Proinde iudex debet sedulo probationes colligere, admittendo etiam testes in aliis causis forsitan inidoneos, veluti parentes, consanguineos, nec non eos qui metum intulerunt, ne ullum praetermittatur probationis adminiculum (2). Ad haec, advertatur, apud iudicem eccl. competentem, implorandam esse declarationem nullitatis, quando agatur de negotiis publice gestis in facie Ecclesiae sub metu gravi iniusto ipso iure irritis, veluti si agatur de valore S. Ordinis, professionis religiosae; cf. Bened. XIV Const. *Dei miseratione*, et aliam *Si datam*, et Instr. S. C. C. a. 1838, *De processu super nullitate S. O. subtus.*

264. At nonnulli actus sub metu gravi initi non sunt ipso iure nulli; tunc ius can, ob aequitatem metum perpessis subvenit, concedendo rescissionem actus obtinendam per actionem *quod metus causa.*

Si vero actus vel contractus perfectus non sit, utputa si res vendita adhuc emptori tradita non fuit et pars quae metum intulit, instet pro actus impletione, veluti pro rei emptae tra-

(1) Sed haec non prosunt, nisi metus apertis probationibus evinctus sit; metus enim non praesumitur sed ab allegante probandus est; ex toto *tit. X, De his quae vi metusve causa fiunt.* Metus vero consistit in animi perturbatione seu est internus, unde plane est difficillimae probationis, maxime quando probari vult esse *relative gravem*; utputa reverentialem.

(2) Cf. in causa Tolentinatensi *17 aprilis 1869* - Matrimonii - votum cl. consultoris Santi - *Thesaur. Resol. S. C. C.* - Eadem applicentur praesertim pro controversiis professionis fidei aut collationis S. Ordinis; cf. Pignatelli, *tom. I, Consult. 4, n. 9,* et decisio S. C. C. *in Valentina Professionis, 1773.*

ditione, actoris instantia summovetur per exceptionem *quod metus causa* (1).

Actio et *exceptio* non solum dantur contra eum qui metum incussit, sed etiam contra heredes aut tertios possessores, pro eo quod ad eos pervenit, ne aliena iactura ditiores evadant; et heredi dantur ceterisque successoribus ad rem persequendam metu extortam a suo auctore, seu ad respectivum actum vel rescindendum vel nullum declarandum; cf. *l. l. 14*, § *3* et *16*, § *2*, *ff. h. t.*, et iure can. cf. *integrum h. t.* et *c. c. 15 et 28, De iureiur.*, *X* (II, 24), quibus evincitur actus rescindi ad instantiam illius cuius interest.

Haec animadverto, quia non desunt Doctores affirmantes actus positos sub tali metu gravi non rescindi debere, sed ipso iure irritos esse, et hinc agi actione nullitatis. Cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 11 sq.* At longe verius est ius positivum hos actus rescindere, quia - *metum comprobare contra bonos mores est*, ex *reg. Iuris*, *ff. 116.*

265. Proinde expresse notantur actus, quos, ipso iure, irritos esse statuit lex positiva; quales sunt *testamentum, professio religiosa,* ex *cap. 1 h. t. X; concessio iurisdictionis, absolutio a censuris*, ex *cap. unico h. t. in 6; et promissio vel traditio rerum ecclesiast., etiamsi accessisset iuramentum de non repetendis rebus Ecclesiae*, ex *cap. 2, De iureiur.*, *X* (II, 24).

De matrimonio DD. disputant, an nullum sit iure naturae an iure positivo; at haec quaestio amandanda est ad proprium tractatum (2). Denique sunt alii actus nullimode iuri posit.

(1) Cf. cl. Ruggeri, *De oblig.*, § *9*, *cap. II.* Verum haec denominatio - *quod metus causa* - desumpta a legibus romanis et passim usurpata apud canonistas, non necessario observatur in foro eccles. iuxta ea quae iam advertimus, sed quacumque forma proponatur actio doli vel metus, attenditur non proprietas verborum, sed substantia rerum.

(2) Attamen innuere praestat, ex indole metus iam explicata fluere,

can. obnoxii, utputa baptismum sub gravi et iniusto metu administratum, item sacri Ordinis collatio, qui actus validi sunt nec irritari valent; solummodo si qua ex parte ei subsint in suis effectibus, hi resolvi possunt, veluti in S. Ordinatione obligationes ex iure positivo derivantes.

266. Quaestio haud facilis sed magni ponderis est, utrum actus iure positivo validus sed rescindibilis, si accesserit iuramentum, evadat omnino firmus et irrevocabilis. Cum primis

1) advertatur, iuramentum, etsi gravissimo metu extortum, validum esse, saltem iuxta veriorem sententiam ex *cap. 8, De iureiur. X* (II, 24) et *c. 3, De iis qui vi met., X;*

2) in iuramento promissorio duas contineri obligationes prorsus distinctas; unam erga promissarium quoad rem promissam; alteram erga Deum quoad promissionis adimplementum; prima ex *iustitia* derivat et est *principalis;* secunda ex Religione, quae est *accessoria,* unde provenit vulgatum principium: *iuramentum tamquam accessorium sequitur naturam actus, seu principale*, ex *reg. 42, De reg. iuris 6;*

3) proinde certe non urget iuramenti obligatio, si promissio principalis sit iure naturali nulla, quia illicita, nam iuramentum non est vinculum iniquitatis, ex *c. 1, De iureiur. in 6* (II, 11), vel sit maioris boni impeditiva; Deus enim hanc promissionem non acceptat; cf. Div. Thom. *2, 2, 89, 7.* Si vero obligatio

actus positos sub metu etsi gravi et iniusto voluntarios existere, quamvis *secundum quid,* seu minus liberos. Atqui ex matrimonii natura non potest evinci, huiusmodi contractum esse huius generis, ut iure naturae sit irritus, si cum metu gravi ineatur; solummodo evincitur esse conforme eius rationi, imo pene necessarium, subvenire per ius positivum matrimoniis sub hoc metu initis; hoc docet D. Thomas *suppl. q. 47, a. 3;* cf. cl. Gasparri *II, 811 sq.* et Arndts-Serafini, *Ad Pandectas h. t.* § *61,* ubi intentio iuris romani recte exponitur relate ad metus efficaciam in actus sub eo positos. Ius can. instituit impedimentum dirimens, *arg. cit. c. c. 14, 15 et 28, De spons., X.*

iure civili non sustineatur, quia eamdem noluit recognoscere aut expresse proscripsit, sed obligatio iure naturali sustineatur et vigeat, tunc iuramentum valet et exinde *ex virtute Religionis* debetur id quod in obligatione continetur.

Hisce praemissis, quaestio huc reducitur, utrum actus iure positivo reprobati non qua illiciti sed qua non respondentes bono civium, sive a iure irriti ipso facto edicantur sive revocabiles ministerio iudicis, utrum tales actus, addito iuramento ita confirmentur, ut validi sint nec rescindi possint. Exemplum habetur in *c. 28, De iureiur., X,* in quo decernitur, alienationes super rebus dotalibus et donationibus propter nuptias, consentientibus mulieribus factas, non valere, ita praecipiente iure civ. rom., nihilominus si accesserit iuramentum validas et firmas evadere; hac de ratione: « *cum in alterius praeiudicium non redundent nec observata vergant in dispendium salutis aeternae* ». Ceterum hanc iuramenti vim recognoscebat etiam civile Romanorum ius, quare DD. hoc statuunt principium: « *iuramentum validare et confirmare actum ex lege positiva irritum ipso facto aut irritabilem directe in bonum privatum, nam iurando quis iuri suo renunciare praesumitur; proinde non validatur nec confirmatur, si irritus sit aut irritabilis actus directe in bonum publicum aut vergat in praeiudicium tertii aut in dispendium salutis aeternae; quia hisce bonis privatus civis renunciare non potest* ». In hanc conclusionem, uti videre est apud Schmalzgrueber *tit. De iureiur., n. 85 et seq.*, DD. communiter consentiunt, innixi praecipue legibus iuris civilis rom.

Sed quid iuris si ius positivum civile, utputa italicum, gallicum, nolit hanc vim iuramento recognoscere? Hanc ius can. non potest ipsum, ex se, tribuere, quum in actus mere civiles iurisdictionem non habeat, neque hanc vim praestare valet iuramentum, quippe quod est actui accessorium actusque valorem, ordinarie, subaudit. Verum quia ius can. in nonnullis acti-

bus urget et praescribit observantiam iuramenti taliter emissi, cf. *c. c. 8 et 28, De iureiur.;* hinc dicenda est vigere obligatio ex Religione, non vigente vel revocata obligatione civili. Iuramentum vero, etsi accessorium, consistere potest, quia inhaeret obligationi naturali, sublata aut non vigente obligatione civili.

Sed in foro Eccl. in quo ista urgetur obligatio, ab hac dispensant praelati Ecclesiastici, neque nullum iuramentum est reservatum. Imo deberet dispensari, si dolo vel metu praestitum sit iuramentum; ex *cap. 28, De iureiur., X* et *eod. tit. c. 2 in 6;* cf. D. Thom. *2, 2, 89, 8*, et De Lugo, *op. cit. 22, 210,* et D'Annibale, *II, 427 seq.*

267. Actiones doli et metus, cum intendant rescissionem actus, iudicis ad hoc implorant auctoritatem. Ex natura istarum actionum, quae suam vim immediate desumunt ab imperio iudicis, factum est ut hic dicatur *in integrum restituere*, quando actum rescindit et indemnem servat laesum; prouti Ulpianus in tit. *De in integrum restitutionibus, ff. l. 1,* ait: « *Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit sive metu sive calliditate sive aetate sive absentia inciderant in captionem* ». In Decret. Gregorii IX, *titulus 4, lib. I* inscribitur: *De in integrum restitutione*, non secus ac in Digestis; in aliis vero cit. titulis agitur de *metu* et de *dolo*. Imo in Digestis titulus *De in integrum restitutionibus* praemittitur, quasi genus. Reapse iure romano contra dolum et metum habebantur actionēs *rescissoriae*, sed cum proprio nomine, et cum aliquo speciali effectu, maxime quia actio doli et metus erat *famosa* seu poenalis. At contra alias laesiones provenientes *a defectu* aetatis vel *aliqua alia de causa,* de quibus dicemus, non habebatur remedium peculiaris nominis, sed totum negotium innitebatur auctoritati praetoris, cuius decretum, ab effectu, dictum fuit *restitutio in integrum.* Verum eius effectus actus rescindendi, convenit adamussim cum efficacia actionis rescissoriae *metus* vel *doli.*

Haec distinctio inter istas actiones et genericum remedium *restitutionis in integrum* obtinuit etiam iure can., cum iam haberetur iure rom. ob specialem et vehementer reprobandam doli et metus malitiam, aliosque consequentes peculiares effectus. Siquidem actio rescissoria, metus et doli causa, competit ex ipso *naturali iure*, et partim est poenalis; aliae actiones rescissoriae consistunt *iure civili*. Cf. D'Annibale, *II, 420* et cl. Ruggeri, *De obligat. c. 2*, § *8*. Hodie praesertim foro civili, potius usurpatur brevior locutio actionis *rescissoriae*, quam prolixior *restitutionis in integrum*, apprime distinctâ actione civili ad indemnitatem ab actione poenali *ob dolum et metum;* et hoc utiliter servatur etiam in foro ecclesiastico.

§ 2. *De in integrum restitutione.*

Huc referat tit. 41, X, I, et 25 in 6, I.

Summarium. — 268. Quibus concedatur et quid sit remedium restitutionis in integrum. — 269. Qua de causa concedatur. — 270. Quinam sit eius effectus. — 271. Si cum remedio *extraordinario* restitutionis in integrum concurrat remedium *ordinarium*, hoc concedendum est non aliud, exceptis minoribus, quibus prodest extraordinarium, posthabito ordinario, si illud sit magis *pingue*. — 272. Quinam veniant nomine minorum. — 273. Quomodo beneficiarius de iuribus beneficialibus hoc remedium invocare competat. — 274. An hoc competat minori seu privilegiato adversus alium minorem seu privilegiatum. — 275. Datur *quadriennium utile* pro hoc implorando remedio. — 276. Contra lapsum temporis non datur *restitutio in integrum*. — 277. Quando haec competat etiam aetate maioribus. — 278. Quando incipiat decurrere tempus quadriennii pro maioribus. — 279. Ad allegandam *nullitatem* professionis religiosae datur *quinquennium:* an contra lapsum quinquennii detur restitutio in integrum. — 280. Datur adversus actus tum iudiciales, tum extraiudiciales, dummodo dolo commissi non sint ab eo qui petit restitutionem. — 281. Quinam iudex sit competens in causa *restitutionis*.

268. Iure can., aequitate exigente, certae personae ob conditionem aetatis atque ob alias huius generis causas obtinent

beneficium *restitutionis in integrum*, quo actus, ob gravem exinde habitam laesionem, penitus rescinduntur, adeo ut omnia restituantur in pristinum statum; quamvis nec *dolus* neque *metus* adfuerit, saltem non ea mensura, qua inde oriuntur *metus* ac *doli actiones*. Quare *in integrum restitutio*, est « *remedium iuris extraordinarium quo graviter laesus ex naturali aequitate per officium iudicis reducitur in eum statum iuris in quo fuerat ante laesionem* ». Dicitur:

1) remedium *extraordinarium*, nempe concessum quando praesto non sint alia remedia ordinaria; utputa *actio metus* vel *doli causa*. Unde monet *l. 16 ff., De minorib.*, in causae cognitione, nempe utrum restitutio sit concedenda, maxime hoc esse attendendum; « *num forte aliqua actio possit competere citra in integrum restitutionem; nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium restitutionis in integrum* ».

2) Conceditur hoc remedium *ob laesionem gravem*, quae talis iudicatur arbitrio *boni viri* seu discreti iudicis, ut probat Glossa in *cap. 1 h. t. V, Detrimentum* - id desumens ex *cap. penult. De reb. Eccl. alien.*, *X* (III, 13); sive laesio gravis acciderit dolo adversarii, sive acciderit imprudentia laesi vel procuratoris negligentia. Nam si casu omnino fortuito grave damnum evenerit, utputa si res empta casu pereat, veluti animal mortuum sit, restitutioni locus non est.

269. Sed quaerendum est, an omnibus taliter laesis concedatur huiusmodi remedium. — Iamvero non omnibus neque semper conceditur, sed tantummodo, uti notavimus in definitione *ex naturali aequitate*, uti decernit Pontifex in *cap. 3 h. t. X, de quibusnam Ecclesiis graviter laesis*, aiens: « *Aequitate pensata, utramque restituimus* ».

Atqui *aequitas* aliquid facere suadet ob *iustam causam*, uti per se patet. Haec iusta causa vero alia est *ordinaria*, alia *extraordinaria*.

Ordinaria causa est *minor aetas*, quia minores ob fragile et infirmum huius aetatis consilium faciliter se fallere et falli possunt; arg. *l. 1, De minoribus, ff.*

Extraordinaria causa attenditur quoad maiores, utputa si quis in sua absentia graviter laesus fuerit, veluti occasione militiae, vel alia subfuerit erroris iusta causa, prouti aiebat Praetor, *l. 1, ff. Ex quibus caus. maior.*: « Item si qua alia iusta mihi causa esse videbitur in integrum restituam ». Quare minores semper implorare possunt in integrum restitutionem ob gravem passam laesionem; maiores solum si praeter laesionem probent *aliam iustam* adesse causam.

270. Demum sive actus sit iudicialis sive extraiudicialis, dummodo fuerit validus, per huiusmodi remedium rescinditur. Si dubitatur an validus fuerit vel minus, tunc uti decernit *c. 8 h. t. X*, *cumulative* et *subordinate* potest peti a iudice, vel ut actum pronunciet esse invalidum, vel graviter laeso beneficium restitutionis in integrum indulgeat. Proinde huius restitutionis effectus est *ut quisque integrum suum ius recipiat; l. 25 ff. De minoribus*, § *Restitutio;* quare resolvitur omne ius per actum rescissum iam acquisitum et cetera reviviscunt iura, quae per eumdem actum mutata aut cessa aut fuerunt renunciata. Quare causa restitutionis in integrum duas continet quaestiones: prima an debeat fieri actus *rescissio;* secunda, quomodo fieri debeat *restitutio in integrum;* cf. Ruggeri *l. c.*, et Pirhing *h. t. n. 71.*

271. Hoc remedium suapte natura *ordinarie* competit *minoribus*, quibus graviter laesis subveniendis directe comparatum fuit. Tamen est *subsidiarium;* inde, regula generali, conceditur quando alia non suppetant remedia, prouti explicavimus. Hinc incidit quaestio. Quid iuris si duo competant remedia, unum ordinarium, alterum extraordinarium, veluti *restitutio in integrum*, sed non aequalis efficaciae? Utputa competit actio *ordinaria ex dolo* contra tertium actui extraneum, tribuens ius

ad indemnitatem; praeterea *minori* competeret in integrum restitutio, qua in pristinum statum *res penitus restituitur.* — Iam vero *favore minorum* cautum fuit, ipsis competere remedium *extraordinarium*, si ex *ordinario* magis exiguum obtinerent emolumentum; unde principium ita enunciatur pro minoribus: « *Habenti remedium ordinarium non est tribuendum extraordinarium, nisi hoc sit pinguius* »; cf. *cap. 12, De rescript., X* (I, 3) et *cap. 1 h. t. in 6* (I, 21). Inquam - *pro minoribus* - nam pro maioribus, ne nimis faciliter actus rescinderentur, qùos e contra expedit reipublicae, firmos et ratos habere quantum fieri potest, non viget haec praescriptio, at remedio minus pingui sed ordinario non praefertur extraordinarium magis pingue.

272. Iure romano pro utroque sexu minores habentur qu 25 annum nondum compleverint (1). Iure etiam canon. quoad negotia Ecclesiastica ita computatur *minor aetas.* — Quoad *negotia vero civilia* retinentur distinctiones aetatis iuridicas a civili iùre adoptatas; cf. *Prooemium* § *3.*

At iure eccles. Ecclesiae et aliae iuridicae personae comparantur hoc etiam in negotio *minoribus.* Proinde restitutio in integrum peti potest pro Ecclesiis aliisque locis piis, clericorum collegiis, monasteriis, congregationibus religiosis, hospitalibus auctoritate Episcopi erectis. Nam hae personae morales sub

(1) De modo computandi minorum aetatem haec habet Reiffenstuel *h. t.* n. 24: « Caeterum huiusmodi *minor aetas* seu tempus 25 annorum est inspicienda de momento in momentum ac dies bissextilis cum praecedenti computatur pro uno; adeoque graviter laesus ultima die 25 anni nondum de momento in momentum completa, potest petere restitutionem in integrum, *text. clar. l. 3. Denique Divus* § *minorem ff. De maior.* Siquidem in materia odiosa (qualis est non amplius gaudere beneficio restitutionis in integrum) dies a iure requisitus debet esse completus de momento in momentum; quamvis in materia favorabili secus fit, utputa in qua dies inchoata habetur pro completa, prout cum communiori notat Fagnanus *in c. ad nostram n. 31, De regul.* ».

tutela administratorum constitutae, pupillis atque minoribus comparantur; cf. *c. c. 1, 2, 3, 5 h. t. X*, et *1, 2 h. t. in 6*. Nec refert quod huiusmodi personis contra suos curatores et administratores competat *actio ad interesse,* ut eas indemnes faciant a mala negotiorum gestione; nam quia pinguius est remedium restitutionis in integrum, hoc praeferri potest.

273. Exinde *beneficia* comprehenduntur nomine Ecclesiae, quippe quae gaudent iure minorum; sed cum pars bonorum beneficialium cedant clerico in congruam sustentationem, quaeritur an clericus beneficii administrator possit pro actibus suae administrationis petere commodum restitutionis. — Cum primis advertatur:

1) clericum qua talem posse tantummodo invocare restitutionem ratione *aetatis*, non ratione *status*. Hinc circa bona patrimonialia aliaque iuria, etsi derivata e patrimonio ecclesiastico ex titulo s. ordinationis (quod non est beneficium), nisi clericus sit minor, hoc iuris remedium invocare non valet;

2) quoad beneficii administrationem, clericus petere potest *restitutionem*, si iura laesa sint beneficii vel bona eius dotem constituentia:

3) si laesio fiat in fructibus beneficii cultui divino aut pauperibus destinatis, datur restitutio in favorem religionis;

4) si laesio fiat in reditibus clerici congruae sustentationi concessis, communior et probabilior est sententia restitutionem in integrum non dari. — Ita Reiffenstuel *h. t. n. 33;* Fagnanus in cap. *Consuetudinis*, *num. 30*, *De consuetud.*, et Schmalzgrueber *h. t. n. 23.*

274. Conceditur vero haec restitutio minori contra minorem et Ecclesiae contra Ecclesiam, quia attenditur *laesio* quae meretur restitutionem etiam contra alium minorem seu adversus personam minori comparatam, ne quis ditior evadat cum aliena iactura. Unde non potest invocari principium, nempe *privilegiatus contra pariter privilegiatum privilegio suo uti non potest;*

ex *l. Assiduis* - C. *Qui potiores pig. hab.;* non enim alter est prae alio privilegiatus ad captandum lucrum; sed privilegium datum est maxime ad damnum vitandum; uti decernit *cap. 3 h. t. X*, disponens: « *Nos attendentes quod utraque Ecclesia fungatur iure minoris, aequitate pensata, utramque restituimus contra reliquam... ne alterutra pars propter huiusmodi negligentiam gravi iactura laedatur* ».

Verum locum habet regula *privilegiatus suo privilegio adversus alium privilegiatum uti non potest* in pari causa et in pari utriusque conditione. Veluti si Ecclesia lucrosam haereditatem repudiavit, interim alia Ecclesia hanc sibi delatam acceptante et adeunte, non restituitur Ecclesia repudians contra aliam; quia utriusque Ecclesiae par est causa; quia una certat de lucro captando, alia de lucro non amittendo, et in pari causa melior est conditio possidentis. — Adversus personam non privilegiatam privilegiato, hoc in casu, restitutio dari solet. Cf. Pirhing *h. t. n. 8.*

Quocirca privilegium *restitutionis in integrum* datur certis personis, non praecise ratione personae sed ratione damni seu laesionis. Quare *heredes minorum* possunt uti hoc remedio ad rescindendos actus suorum auctorum, ad reparandam laesionem; cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 17.*

275. Haec straordinaria actio ex conditione aetatis minoribus et iure minorum utentibus concessa, eo quia extraordinaria est, et non ex iustitia sed ex *simplici aequitate* conceditur, tantummodo per quadriennium durat, dum aliae actiones ordinariae, non exceptis actionibus *civilibus* (1) ex dolo et metu, regulariter ad 30 annos vigent.

(1) Inquam - civilibus - seu ad obtinendam actus rescissionem aut indemnitatem; et hac intentione huiusmodi actio iure can. urgetur. Iure vero rom. *actio doli* erat subsidiaria et infamiam inurebat doloso; hinc dabatur contra dolosum per biennium continuum a die commissi doli. Cf. Arndts-Serafini, *l. c.*, § *334.*

Tempus quadriennii est utile, seu legitime impedito non currit. Quapropter cum aetas minorum in iure habeatur naturaliter impedita propriis iuribus sufficienter tuendis, hoc quadriennium pro minoribus incipit decurrere a prima die maioris aetatis. Pro Ecclesiis vero decurrit a die quo laesio facta est, et, si adfuit, cessavit causa quae impedimento erat, quo minus peteretur in integrum restitutio. Proinde Ecclesiae, si hoc allegent impedimentum, debent apud iudicem hoc dilucide probare, quia non praesumitur; cf. *cap. 1, De in int. rest. in 6* (I, 21), et Gloss. in *Clem. un. eiusd. tit.* Explicant quaenam sint *impedimenta*, quibus possunt detineri Ecclesiae ab hoc remedio implorando, haec verba Bonifacii VIII in *cap. cit.:* « *nisi praevaricationis vel fraudis manifestae* (nempe rectoris vel praelati) *probetur super hoc intervenisse commentum aut alia rationabilis causa subsit quae superiorem movere debeat ad idem beneficium concedendum* ». Ecclesiae enim impediuntur ex malitia aut negligentia administratorum aut quacumque alia de ratione, per quam iidem rectores aut nolunt aut agere non possunt. Cf. Barbosa in *cap. 1 h. t., n. 45.*

276. Sed advertatur non dari restitutionem in integrum contra lapsum temporis quadriennalis; cf. Reiff. *h. t., n. 64;* secus posset procedi in infinitum et fieret frustranea legis dispositio concludens certo tempore hoc remedium extraordinarium.

Attamen nonnulli Doctores, uti Schmalzgrueber *h. t. n. 41,* distinguunt inter minores et Ecclesias seu personas minorum iure gaudentes, et autumant minoribus non concedi contra lapsum temporis restitutionem, quia isti in aetate maiori constituti sufficienter sibi per quadriennium (nempe decurrens ab incoepta maiore aetate) consulere possunt; concedi vero aliis personis moralibus, quae per administratores agere coguntur, quia in ipsis ratio periculi et impedimenti fere perpetua est. — Puto in hac materia verius esse constituere generale principium; nempe non concedi restitutionem in integrum contra lapsum quadriennii;

haec est regula. Quia vero hoc tempus legitime impedito non currit, iudex decernet hoc tempus non fluxisse Ecclesiae vel minori legitime impedito. Pro Ecclesia facillime hoc admitti potest, quia versatur sub tutela rectoris; difficillime pro eo qui maiorem aetatem iam a quadriennio assecutus est; quippe qui ordinarie ob aetatis firmum consilium non est reapse impeditus.

De rigore *iuris* intra quadriennium deberet actio institui et definiri, tamen de consuetudine forensi hoc non procedit, et sufficit intra hoc tempus postulare restitutionem; ita Barbosa in *Clem. unic., n. 2 et 3.*

277. *Extraordinaria de causa* hoc beneficium rescissionis conceditur aliquando etiam maioribus, qui, aliquo legitimo impedimento detenti, sufficienter in sua negotia incumbere non potuerint. Nimirum legitimum impedimentum provenit ex *causa extraordinaria*, quia ipsis aetas aut aliqua non suffragatur praesumptio *ordinaria* naturalis impedimenti. Hinc si aliud remedium suppetat *ordinarium*, utputa ex dolo, ex metu, ex appellatione aut alio quocumque titulo, non datur restitutio in integrum. Siquidem minoribus conceditur beneficium restitutionis in integrum, quando habent ordinarium remedium, sed minus pingue; maioribus non conceditur extraordinarium habentibus ordinarium minus pingue.

Proinde ratio concedendae huiusmodi restitutionis maioribus repetitur aliquando ab impedimento *physico*, veluti quando quis ob reipublicae bonum peregrinari debuit aut ad evitandum periculum mortis vel causa alterius gravis mali aliquandiu abfuit. Aliquando ratio petitur ab impedimento *morali*, scilicet in personis in graviora Reipublicae negotia occupatis, vel in personis quibus ius ignorare usuvenit, uti sunt rustici, mulieres. Ita communiter DD. ad *cap. 4, De in int. rest.*

278. Pro maioribus tempus quadriennii *utile* incipit a die, quo laesionem passi sint nec ad agendum impediebantur.

279. Sed tum minores tum maiores restitui in integrum non

possunt, quoad actus sive iure divino sive eccles. non rescindibiles, quales sunt *vinculum matrimoniale* et *professio religiosa;* de istis proceditur tantummodo ad declarandam nullitatem.

Trid. in *Sess. 25, De regular., cap. 19, De professione religiosa,* statuit, allegantem causam nullae professionis non audiri, « *nisi intra quinquennium tantum a die professionis* ». Attentis Tridentini verbis, *actio nullitatis* admitti non deberet, elapso quinquennio, quia decretorie hoc tempus non *utile* sed *continuum* statuitur, seu quod currit etiam impedito legitima de causa. Re quidem vera Greg. XIII ita servari praescripsit, decreto *5 martii 1598*, cuius postrema verba haec sunt: « ... *eo* (quinquennio) *elapso non esse audiendos, tametsi allegarent vim et metum semper durasse* ». Postea tamen inolevit consuetudo admittendi contra lapsum quinquennii restitutionem in integrum concedendam privative a Sancta Sede; quam praxim innuit et confirmat Bened. XIV in Bulla *Si datam hominibus*, decernens, ut petitio Sanctae Sedi directa remittatur ordinario loci et Superiori Regulari oratoris restitutionem in integrum petentis, ut uterque praelatus de hac instantia conficiat processum ea methodo, quae adhibetur in processu nullitatis professionis religiosae. Dein processus acta ad Congregationem EE. et RR. quae hodie de hisce causis cognoscit, remittantur, et eadem methodo iterum instaurandus est processus, qui concluditur concedendo vel negando restitutionem in integrum adversus lapsum quinquennii. — Proinde restitutio in integrum datur solum contra lapsum temporis, non adversus professionem religiosam, quae nulla demonstrari debet, uti passim advertunt canonistae.

Attamen ne in hac re fiat aequivocatio, advertatur dici posse, aliquem restitui in integrum contra professionem religiosam, quia ob emissam professionem, etsi invalidam, regularis professus lege Trid. *l. c.* obligatur ad omnia servanda ac si professio valida sit, donec invalida non declaretur; quae si de-

clarari non possit, professus cogitur, saltem iuxta probabilem sententiam, etiam pro foro interno, sub gravi culpa in religione manere, ut probat Fagnanus in cap. *Si quis de regul.* et fuse exponit cl. Bouix in opere *De iure regularium, tom. I, p. 631;* et hoc sensu cl. D'Annibale, *I, n. 104* advertit: « Ceterum Regularibus.... datur intra quinquennium a professione solemni in integrum restitutio ». Revera ista declaratio nullitatis alias et sane graves in professo resolvit obligationes.

280. In genere adversus actus dolo *commissos* non datur restitutio in integrum, quia ex *l. 1, Cod. Si adversus delictum*, « *malorum mores infirmitas animi non excusat* ». Si actus legem transgrediatur *omissione* debitae diligentiae seu culpa, tunc *in minore* ratio concedendae restitutionis est aetatis non maturum consilium. Cf. *cit. l. 1 Cod., Si adversus delictum.*

Datur vero adversus actus iudiciales et extraiudiciales et proinde restitutio in integrum est unus ex modis impugnandi iudicis sententiam. Quia, ut iam innuimus, vis huius actionis est tota in auctoritate iudicis actum rescindentis et rem in pristinum statum reponentis, huius est hanc concedere ex publica auctoritate qua pollet. — Pro personarum vero et casuum diversitate, aliquando *ex officio,* aliquando *ad instantiam* partis laesae restitutionem concedit, iuxta principia iam exposita; cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 34 et seq.*

281. Ille iudex de causa restitutionis videre debet qui aliunde, iuxta generales regulas competentiae, de illo actu, cuius rescissio imploratur, competens est iudicialem habere inquisitionem. — Quia ex concesso beneficio restitutionis iurium mutatur status, citandi sunt illi omnes, quorum interest ut iudicio assistant. Cf. Reiffenstuel *l. 8, n. 20.*

Caput III.

DE EXCEPTIONIBUS IN SPECIE.

Huc referat. tit. 25, X, Lib. II; tit. 12 in 6, II; in Clem. tit. 9, II.

Summarium. — 282. Ius positivum, concedens de aliqua re *actionem*, implicite concedit etiam *exceptionem*. — 283. Tamen *quae temporanea sunt ad agendum, perpetua fiunt ad excipiendum*. Explicatur hoc principium. — 284. Rerum vel actionum praescriptio, aut instantiarum peremptio opponitur in iudiciis sub forma exceptionis. De istis agitur in specie.

282. Intentio *actionis* e diametro opponitur intentioni exceptionis, quia actionis est aliquid petere; exceptionis est excludere petitionem actoris. Nihilominus ius positivum, concedens ius agendi de aliqua re, iam intelligitur, aeque concedere ius excipiendi. Exinde illi, cui competit agere *de nullitate actorum*, non minus competit *excipere* de nullitate actorum, si alius instet ad sibi res vel iura repetenda quae reapse praestanda non sunt, quia, utputa, relativi contractus nulli sunt. Inde e latere *actionis doli, metus*, exoritur *doli, metus, exceptio*. Per actionem doli, metus, quis postulat ut actus rescindatur vitio doli, metus infectus; per exceptionem doli, metus, repellit reus intentionem actoris expetentis actuum executionem, qui auctoritate legis fiunt inefficaces ob vitium doli aut metus. Item restitutio in integrum potest instaurari nomine actionis expostulando a iudice appositi actus rescissionem et in pristinum restitutionem; vel opponitur vi exceptionis adversus illum, cuius actus rescinditur per huiusmodi extraordinarium remedium. Cf. Pirhing, *De in integ. rest., n. 69.*

Verum nonnullae exceptiones non proveniunt a relativa actione, sed expresse a iure conceduntur. Veluti *exceptio spolii*, obiecta spoliatori agenti in petitorio, repetenda est ab expressa

iuris positivi voluntate, prouti explicavimus agentes de hac exceptione. Item exceptio *peremptionis instantiae* potest invocari tantum ad repellendum alterum a prosequendo iudicio per certum tempus interrupto. — Sed istae sunt exceptiones *taxative* expressae et constitutae a lege positiva, at regula est, a iure agendi fluere, suapte natura, ius excipiendi.

283. Tamen notanda est differentia quae intercedit inter exceptiones et actiones, praedicata per illud adagium: « *Quae temporanea sunt ad agendum, perpetua fiunt ad excipiendum* ». Quia hoc principium pluribus controversiis praebuit occasionem apud iuristas et aequivocationibus ansam dedit, hinc dilucide explanandum est. Huius principii tenor et ratio praecipue desumpta fuit a *l. 5*, § *6*, *ff. De doli mali et met. exceptione*, quae ita se habet: « Non, sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; *nam haec perpetuo competit*, quum actor quidem in sua potestate habeat quando utatur iure suo, is autem cum quo agitur non habeat potestatem quando (id est *nisi*) conveniatur ». Ita actio doli ex iure rom. biennio finitur, exceptio doli perpetua est, seu opponi semper potest. Ratio est, quia actiones ordinantur ad petendam rem. Si quis certo tempore actione non utatur ad rem suam repetendam, possessor vel eamdem praescribit vel saltem in sua possessione per illam actionem deturbari non debet, quum intra certum tempus actio intentari debeat.

Exceptiones e contra conveniunt reo seu possessori qui, cum rem possideat et iure possideat, semper in perpetuum repellere potest agentem ad eam rem sibi vindicandam, excipiendo adversus actorem, vel eius actionem nullam esse, vel vitio laborare, vel hanc iam fuisse peremptam seu praescriptam. Veluti actio doli datur contra emptorem, qui dolo rem emit et habuit, ut rem restituat. Si intra biennium *ex iure rom.* dolum passus non agat ad rem sibi repetendam, actione doli possessor amplius pulsari non potest. Ex adverso si venditor seu dolum passus rem

emptori doloso non tradiderit, at hic eamdem repetat, actione *empti-venditi* post viginti annos ab inito contractu, statim repellitur *exceptione doli* quae perpetua est. Huiusmodi exceptiones possessori comparatae sunt *perpetuae*, uti perpetuum est ius defendendi rem suam ab iniusto adversario.

Proinde exceptiones quae a iure comparatae sunt favore non possessorum, utputa exceptio *redintegrandae* pro spoliatis, etiam iure can. saltem spatio triginta annorum praescribitur, quo tempore omnia id genus iura perimuntur. — Lege vero romana introducta est exceptio *non numeratae pecuniae*, ei concessa, qui certam pecuniam revera non receperat seu non habuerat numeratam, quamvis ipse incaute seu fraude circumventus syngrapham receptionis debitori tradiderat; et haec exceptio biennio perimebatur (1).

284. Nos in specie agemus de instituto praescriptionis, idem recensentes sub rubrica exceptionum, quia actionum et rerum praescriptio in iudiciis opponitur sub forma *exceptionis*. — Propius autem rem nostram attingit *notio peremptionis instantiarum*, et de hac exceptione agemus postquam *praescriptionem* explicaverimus, cuius conceptus praevius est peremptioni instantiarum, quamvis una res ab alia toto coelo differat.

(1) Cf. Mattirolo, *op. cit., vol. I. n. 44.*

§ 1. *De praescriptionibus.*

Huc referat. Tit. 26. X. Lib. II, et 13 in 6, II.

Summarium. — 285. Usucapio seu praescriptio introducta est a iure positivo in bonum publicum. — 286. Definitio praescriptionis. — 287. Praescriptio ut suum producat effectum pluribus conditionibus instructa esse debet. Harum adumbratur ratio. — 288. Enumerantur conditiones praescriptioni appositae. — 289. Quaenam sit *res apta.* — 290. Altera conditio est *bona fides.* — 291. Quaeritur quomodo *bona fides* afficiens intimam animi persuasionem in foro externo probetur. — 292. Quaeritur an qui succedunt in possessione rei, possint uti *ad usucapionem* bona f. alterius immediati possessoris, et an huius m. f. eis noceat. — 293. Haec continuitas personae iuridicae non habetur in successoribus in eodem beneficio. In collegiis vero eccles. quamvis mutentur personae singulares, habetur semper una et eadem persona moralis apud quam residet b. vel m. f. — 294. Alia conditio est *titulus iustus.* — 295. In ordinariis praescriptionibus requiritur *titulus coloratus,* nec sufficit *putativus* vel *praesumptus.* — 296. Praeterea requiritur *iusta possessio.* — 297. Quomodo possessio *interrumpitur* aut *suspenditur.* — 298. Quomodo differant inter se *interruptio* et *suspensio.* — 299. Quomodo eadem possessio *continuatur* in diversis possessoribus *ob beneficium accessionis.* — 300. Demum possessio ad praescriptionem debet continuari *per certum tempus,* quod *longius* requiritur ad res immobiles praescribendas, brevius ad res mobiles. — 301. Tempus longissimum 30 aut 40 annorum *ordinario* supplet quemcumque tituli defectum et tantum requirit b. f. — 302. De efficacia praescriptionis *centenariae* vel *immemorialis.*

285. Natura sua praescriptio est modus iuris acquirendi vel extinguendae obligationis a iure positivo introductus. — Instituta fuit in bonum publicum. — « *Bono publico,* ait Gaius, *usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu et fere semper incerta dominia essent;* ex *l. 1, ff., De usurp. et usucap.* Item cautum fuit hac ratione excitari homines in vigilantiam et curam propriarum rerum; arg. *cap. 5, Vigilanti* -

De praescr., X (II, 26). Nec iuris privati seu proprietatis ratio negligitur, dum statuitur necessitas continuatae certo tempore possessionis, adeo ut recte advertat *l. 28, ff. tit. De verb. sig.*: « vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi »; et scite Gaius adnotavit *l. 1 ff. h. t.*: « cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium » (1).

Hunc modum acquirendi dominium *usucapionem* (2) Latini primitus appellarunt, quam eleganter ita definivit Modestinus *l. 3, ff. h. t.*: « *est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* » (3).

Verum hic modus acquirendi dominii iure rom. erat efficax tantummodo quoad certas res, ob iuris civilis rigorem; quare ex praetoris aequitate concessa fuit *exceptio* favore illius, qui cer-

(1) Praescriptionem ita sumptam non Romani tantum, sed et Hebraei et Graeci ceteraeque gentes agnoverunt. Grotius, *Iure bell. et pacis, lib. 2, cap. 4*, § *2*. Item populis Germanicis praescriptionis institutum haud fuit ignotum; cf. Walter *Hist. iur. germ.* §§ 548, 536.

(2) Haec est elegans definitio, quippe illud verbum *adiectio* perbelle exprimit vim usucapionis, scilicet comparandi rei dominium ei, qui possessionem iam obtinebat. Minus eleganter Ulpianus definit praescriptionem: dominii *adeptionem* per continuationem possessionis etc.

(3) Quia praescriptio est praecipue modus rerum acquirendarum, fatemur praescriptionis tractationem non propriam sibi vindicare sedem inter leges processum ordinantes. — Nihilominus praescriptio tum *acquisitiva* tum *extinctiva*, vi sua, praescriptionis naturam habet; arg. *l. 3 C. De praescript. 30 ann.* - cf. D'Annibale II, *139, not. 2*. Quapropter in Decretalibus recensetur tit. *De praescriptionibus* in lib. II *De iudiciis* post tit. *De exceptionibus*. Hinc non una de ratione animum induximus ut hic ageremus de praescriptionibus; at praecipua ratio fuit, quia ita compleremus tractatum de possessione, exponentes tum interdicta, tum praescriptionem, nempe unum et alterum effectum a iure positivo attributum possessioni. — Demum quia non poterat praetermitti tractatio de *peremptione* seu *praescriptione* instantiarum, admodum iuvat late explicasse conceptum et vim praescriptionis, ut haec apprime distinguatur ab instituto *peremptionis* instantiarum.

tam rem usucapere non poterat quique certo tempore possedisset, ad excludendum illum, qui eamdem rem sibi vindicaret. Haec exceptio cum esset *peremptoria* scribebatur in formula actionis (1) ante ipsam intentionem actoris, unde dicta fuit *praescriptio*. Post Iustinianum qui abstulit omnem iuridicam differentiam inter usucapionem et praescriptionem *l. un.*, *C. De usuc. transform.*, indiscriminatim unum vel aliud vocabulum usurpatur; sed communius est vocabulum *praescriptionis*, quod nos deinceps adhibebimus.

286. Praescriptio ita definiri potest: « *modus legitimus iuris acquirendi vel obligationis extinguendae procedens per possessionem modo et tempore a lege definito continuatam* ». Notio praescriptionis modo definitae duplicem praesefert proprietatem; alteram nempe iuris *acquisitivam;* alteram *extinctivam;* nihilominus utraque suapte natura *exceptionis* vim habet. Cf. *l. 3, Cod. De praescript. 30 ann.* Nam ille adversus quem praescribitur, in iudicio rem petens, repellitur a convento exceptione praescriptionis, qua contendit rem suam esse. Iudex, si probetur omnes adimpletas esse conditiones praescriptioni necessarias, decernit de re iudicialiter contendi non posse ob probatam *peremptoriam* exceptionem praescriptionis.

287. Conditiones praescriptioni appositae probandae sunt, nec possunt praesumi; cum praescriptio, quippe quae coercet iura singulorum, strictam desideret interpretationem atque sibi contrariam habeat praesumptionem. Priusquam has conditiones singillatim exponamus, advertatur:

1) Praescriptionem a possessione initium et statum capere, iuxta *l. 25 h. t.:* « *Sine possessione usucapio contingere non potest* »; et *reg. 3, Iuris in 6:* « *Sine possessione praescri-*

(1) Seu praetor, quando quaestio erat de aliqua re ab altero litigantium, a reo, longo tempore possessa, iubebat non admitti actionem vindicatoriam, *si rei controversae longi temporis possessio apud reum fuit.*

ptio non procedit ». Exinde non obstante regula iuris *18 in 6*: « *non firmatur tractus temporis quod de iure ab initio vitiosum est* », per possessionem certo tempore et modo continuatam sanantur actus nulli, nimirum sanantur defectus acquisitionis rerum. Quapropter verum est, *solo tempore* non sanari defectus actus acquisitivi, nisi *possessio* accedat. Unde taliter actus sanari non possunt, quando in eorum obiecto nulla versatur possessio ad praescriptionem.

2) Reapse defectus acquisitionis dominii, in acquisitiva praescriptione sanantur. Hi defectus habentur, si qui rem alienavit, non erat dominus, vel dominus alienavit non servando solemnitates a iure positivo requisitas ad validam alienationem; vel qui alienavit, quantumvis dominus, facultate alienandi caruit; vel *naturali* facultate, veluti amens; vel *civili*, uti maritus quoad bona dotalia, *iure rom.*

3) Possessio debet certo tempore continuari, et praescriptio dicitur *ordinaria*, si vicennio, decennio, aut minori temporis spatio finitur; *extraordinaria*, si requiratur tricennium aut longius tempus; est *centenaria* quae spatio centum annorum completur; *immemorialis* cuius initium hominum excedit memoriam.

4) Praescriptionis vis a iure positivo, non a iure naturali repetenda est. Revera non defuerunt Doctores autumantes praescriptionem ipso naturali iure consistere; cf. Lehmkuhl, *1*, *n. 917* (1).

Verum a naturali iure convenientia vel pene necessitas repeti potest institutum praescriptionis in positivo iure indu-

(1) Cl. Lehmkuhl l. c. opinatur vim *praescriptivam* saltem in nonnullis casibus derivari ob *spatium vere immemorabilis temporis* a iure naturali. Non videtur hoc admittendum esse quia *simplex factum* possessionis etsi diutissime continuatum non est capax iuris pruducendi; et hinc docuimus *interdicta* et *praescriptionem* necessario repeti a iure positivo. Cl. Ruggeri refutat *op. cit.* § *483 seq.* opinionem tum Savigny qui opinatus est praescriptionem inductam fuisse favore possessoris b. f.; tum il-

cendi, sed dubio procul efficacia praescriptionis, qua post possessionem certo tempore et sub certo modo continuatam aliquod ius comparatur, a positivo tantum iure recognoscenda est. — Quocirca quoad res iuri civili obnoxias lex civilis attendatur, ius vero canonicum quoad res huic subiectas; et inde praescriptio viget etiam pro foro conscientiae, dummodo, *iuxta veritatem*, serventur legitimae conditiones. Inquam - *iuxta veritatem* - quia in foro externo maxime attenditur *praesumptio;* in interno, *veritati cedat praesumptio oportet.*

5) At una ex praecipuis conditionibus praescriptioni vel in foro externo necessariis est *bona fides*, ut praescriptio sit modus *honestus* rerum acquirendarum, et fraus et dolus nemini patrocinari debent. Proinde bona fides ad usucapionem est, *opinio possessoris qui rem possidens animo dominantis nemini credat se facere iniuriam.* Inquam - *animo dominantis* - quia possessio ad usucapionem dominium parere debet, et hinc possessor debet se *externe gerere* uti dominum. Sed non requiritur *opinio domini* seu persuasio dominii, siquidem possessor etsi sciat se non esse dominum, potest bona fide possidere et in rem exercere plenum activitatis exercitium, seu rem tractare *animo dominantis.* Cf. Ruggeri, *op. cit.*, § *494.*

6) Ius civile rom. ex *l. un. cod. De usuc. trans.*, requisivit bonam fidem in *ordinariis* praescriptionibus et tantum ab initio; nullam vero in *extraordinariis.* Sed ius can., ex *c. 20 h. t.*, *X* (II, 26), naturalem aequitatem interpretatum correxit huiusmodi dispositionem et implicite omnes codices hoc edicturos, veluti gallicum et italicum, quippe observari non possunt sine

lorum qui tenent, tempus *longum* et *diuturnum* per se *iura* generare posse; et inde probat in publicam utilitatem fluxisse a iure positivo praescriptionem. Imo Glossatores notarunt esse potius secundum ius naturale, ut nullo temporis spatio, possessionis factum possit iura mutare, notantes ad *l. 1. ff. h. tit.* praescriptionem esse inductam « *ad utilitatem omnium communem contra aequitatem naturalem etc.* »

peccato: « *quoniam omne* (ait Inn. III in *cit. c.*) *quod non est ex fide peccatum est; synodali iudicio definimus ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis. Cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogatum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae* ». Ita adumbrato praescriptionis conceptu, a genere ad species descendentibus facilior fiet discursus. Cum primis distinguemus effectum *acquisitivum* ab effectu praescriptionis *extinctivo*, quia non utrique eadem requisita constant.

288. Ad rem praescriptione acquirendam quinque conditiones necessariae sunt: 1) *res apta;* 2) *bona fides;* 3) *iustus titulus;* 4) *iusta possessio;* 5) *tempus;* unde versiculus: « *Res habilis, fides, titulus, possessio, tempus* ».

289. *Res apta* praescriptioni ex iure can. est quaecumque res quae *ex natura sua* vel *ex canonum dispositione acquiri vel alienari saltem a certis personis non prohibetur.* Praescribi non possunt:

1) *Ex natura sua* res quae in commercio non sunt, nec privati dominii sunt capaces, veluti aer, forum, via publica; iura publica eccles., res sacrae et consecratae. Attamen huiusmodi res spirituales, si CONSEQUENTER unitae sunt rebus temporibus possunt esse in privato dominio, ut puta calix consecratus, sacellum seu oratorium privatum et publicum, et tunc a praescriptione non excluduntur.

2) *Ex dispositione canonum* praescribi non possunt fines parochiarum, dioecesum et provinciarum, quando cogniti (1) sint et legitime distincti ex *c. 4, De paroch., X* (III, 29) et iuxta *c. c. 1, 2, 3, can. 16, q. 3;* quia ordo societatis turbaretur;

(1) Nam si fines sunt dubii atque incerti, praescribi possunt *quadragenaria* praescriptione, arg. *c. 9 h. t. X.*

unde ex diverso praescribi possunt fines praediorum ecclesiasticorum.

Praescribi non possunt iura episcopalia, quae iure canonico determinata sunt, innixo intentioni iuris divini; veluti ius *sacrae visitationis;* uti iubent *c. c. 12 et 16 h. t. X.* Quia huiusmodi iura et onera, hominum negligentia aut fraude, extingui non debent.

Verum non obstat, quominus in certo territorio potius unus quam alius praelatus haec iura exerceat, adeo ut ex non usu alter ius amittat, alteri diligentiori comparatum: hoc decernunt *c. c. 15 et 18 h. t. X,* et *16, De off. ord., X* (III, 31), et *7, De priv. in 6* (V, 7). Quare commentatores unam et alteram praescriptionem inter se conciliant, distinguentes, huiusmodi iura praescribi non posse *extinctive;* bene vero *translative.* — Si autem agatur de iuribus episcopalibus ex lege eccles. introductis, nec in iure divino proxime fundatis, de se, praescribi etiam *extinctive* non prohibentur; arg. decreti Clementis XI, *a. 1721;* cf. Bened. XIV, *De synod. dioec., lib. 13, cap. 8, n. 17 sq.*

3) Demum *nonnullae res a quibusdam personis* praescribi non possunt.

Laici non praescribunt certa iura spiritualia, veluti ius decimandi ex *c. 7, De his quae fiunt, X* (III, 10); ius beneficia conferendi ex *c. 7 h. t., X.* Possunt vero haec iura a clericis praescribi, ex *c. c. 1, 4, 6 h. t. X.* At ipsi laici nonnulla iura spiritualia praescribere valent, veluti ius patronatus; cf. *Concil. Trid., sess. 25, c. 9, De ref.*

290. Secunda conditio est *bona fides.* Uti res apta respicit *obiecti* idoneitatem, ita bona fides *subiectum* respicit, quia bona fides est *persuasio nemini iniuriam inferendi taliter rem possidendo, animo dominantis.* — Sed excludimus, quamvis passim a DD. admissum, *animum* seu *persuasionem dominii;* quippe ipsa b. f. ad usucapionem non semper cum hac opinione con-

iungitur, praecipue quoad effectum *extinguendae* alicuius obligationis, quae resolvitur per non usum alterius. Imo in ipsa *praescriptione acquisitiva* quis potest apud se rem b. f. retinere et praescribere, quamvis certo sciat se non esse rei dominum.

Hoc fit si quis rem accipiat a non habente alienandi facultatem, at cognoscat se alienanti nullam irrogare iniuriam, arg. *l. 5, Pro derelict. ff.*, cuius haec species. Titius a Caio rem emit ab uxore dono datam. Quia nullae sunt donationes inter virum et uxorem stante coniugio, Caius non dominus rei donatae efficitur, proindeque in Titium dominium transferre non valuit. Tamen cum Titius cognoscat, Caium, uxoris expressa voluntate, rem possidere et distrahere posse, b. f. rem possidere incipit et quasi suam retinere, adeo ut dein usu capiat; en verba legis: « ... *nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero*, quasi voluntate et concedente domina (seu uxore) id faceres, idem iuris est », idest, me usucapturum constat. Aliud exemplum habetur iure can. in titulo: *De eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae X* (II, 15); quo statuuntur remedia contra contumaces et inter alia edicitur, possessionem rei litigiosae a iudice concedendam esse non contumaci et hunc rem praescribere adversus contumacem, si hic iudicium prosequi certo tempore praetermittat (1).

Attamen persuasio *nemini iniuriam inferendi* debet esse positiva, non sufficit *negativa*, qua scilicet quis nesciret vel scire

(1) Doctores communiter requirunt *animum domini* seu *dominii persuasionem*, quia haec persuasio, reapse, fere semper habetur, quando possidetur ad praescriptionem; et casus supra recensitos habent uti exceptiones atque opinantur *in foro conscientiae* non valere praescriptionem, nisi adsit *haec dominii persuasio*. Sed verior est conceptus a nobis traditus, quippe omnes casus amplectitur et est confirmior iuri positivo, quod valere debet etiam pro foro interno. Demum haec *dominii persuasio* nullimode haberi potest in praescriptione *extinctiva;* cf. D'Annibale, II n. 152.

negligeret utrum cum alterius iniuria rem possidere posset. Huic conceptui bonae fidei maxime adhaesit ius canonicum reprobans malam fidem: « *quia quod non est ex fide, peccatum est* »; ex *c. 20 h. t. X;* unde hoc *caput* requirit ut possessor b. f. ad praescribendum: « *in nulla temporis parte habeat conscientiam rei alienae* »; idest non scientiam sed conscientiam seu cognitionem possidendi rem alienam cum *morali iniuria*.

291. In foro externo probatur bona fides per adminicula, quibus revelatur interna mentis persuasio. In *l. 30, cod. De evict.* enunciatur principium, nempe bonam fidem praesumi, quia nemo praesumitur malus. — Ceterum hoc ita debet intelligi, ut probatis conditionibus ad praescriptionem *obiectivis*, scilicet possessione et iusto titulo, conditio subiectiva seu *bona fides* subaudiatur, nisi contrarium probetur aut per speciales allegationes aut per contrarias iuris generales praesumptiones. Ita in iure romano ignorantia *iuris clari et non dubii* habita fuit ut argumentum malae fidei ex *l. 4, ff. De iur. et facti ignorantia:* « *Iuris ignorantia in usucapione negatur prodesse; facti vero ignorantia prodesse potest* »; et regula canonica ait (*reg. 82 iuris in 6*): « *Qui contra iura mercatur, bonam fidem non praesumitur habere* ». Proinde iuvat tantum ignorantia *facti*, quia ius nemini ignorare licet. — Tamen ius can. pro foro externo contra hanc praesumptionem admittit probationem contrariam; quia in bona fide praecipue exigit actus moralem qualitatem (1). Hinc prodest facti ignorantia, qua quis ex. gr. putat rem emisse a domino qui revera dominus non erat; non prodesset error iuris, quo quis existimaret se a praelato rem Ecclesiae magni valoris emere posse absque solemnitatibus.

Quid iuris si quis dubitet de iure suo seu de legitima pos-

(1) Codice gallico a. 2265 et italico a. 2137 error iuris non excludit bonam fidem civilem. Iure rom. obstat « *error iuris clari et non dubii* »; nam ius non clarum sed *dubium* ob contrarias interpretum probabiles sententias non obligat. Item cod. aust. § 1460.

sessione? Debet distingui inter dubium quod oritur in ipso possessionis exordio et dubium ortum, currente possessionis tempore. Cum hoc secundo dubio quis coeptam possessionem *continuare* potest. Interim tamen diligenter inquirat, an res sit vere aliena. Qua peracta solerti investigatione, dubium adhuc si perseveret, possessor cum b. f. prosequitur possidere, quia « *in dubiis melior est conditio possidentis* », item arg. *c. 20 h. t. X* et can. *Virgo caus. 34, q. 1.*

Cum dubio autem possessio *inchoari* non potest, quia principium *in dubiis melior est conditio possidentis,* tunc favet alii possessori contra volentem sibi possessionem arrogare.

292. Cum *bona fides* requiratur toto tempore possessionis, inquirendum est quid constituerit ius positivum quoad illos, qui inter se succedunt in rerum possessionem; ita heres succedit in possessionem rerum auctoris sui, emptor in possessionem rei emptae, clericus in possessionem beneficii; et quaeritur an successores ad complendam praescriptionem possint invocare b. f. antecessoris, vel etiam eius mala fides eis noceat. Ius positivum rom. a iure can. acceptatum statuit:

1) Successores universales seu heredes, defuncti iuridicam personam necessario gerere, ex *reg. 46 iur. in 6:* « *Is qui in ius succedit alterius eo iure quo ille uti debet* », et hinc in se ita continuare possessionem antecessoris et eius personam, ut eius b. f. prosit successori, dummodo hic non sit in m. f.; secus deesset b. f. in toto temporis decursu necessaria ad praescribendum. — Exinde m. fides antecessoris nocet, etsi successor sit in b. f. — Adverte, nos hic loqui de herede *immediato;* heres enim *mediatus* seu heres heredis potest rem praescribere b. f. possessam a suo auctore, qui b. f. possidens non poterat ipse usu capere ob m. f. sui testatoris.

2) Successores *particulares,* veluti singularum rerum emptores, quippe qui non gerunt antecessoris personam, possunt, ex beneficio legis, frui accessione possessionis anteactae in b. f.

ad complendam praescriptionem, tamen ad hoc non coguntur, uti heredes seu successores *universales*. Proinde si ipsi in b. f. incoeperint rei possessionem quam in m. f. antecessor possedit, praescribere possunt. — E contra quando antecessor etiam in b. f. fuerit, successores in b. f. prosequentes rem possidere, praescribunt, computato initio possessionis b. f. in antecessore ex *l. 14* § *1 et seq. ff. De div. temp. praescript.* — Verum accessio locum habere non potest si res, medio tempore, seu inter unum et alterum successorem, ab alio, quamvis vi aut fraude, possessa fuerit; possessio enim debet esse *continua*.

293. In materia beneficiali quoad diversos successores in eodem beneficio, applicantur regulae *successoris particularis*. Quapropter successori in beneficio non nocet m. f. antecessoris; est enim in odio iuris can. successoria hereditas in beneficiis; cf. Fagnanum in *cap. Gravis*, *De rest. spol.*, *n. 136 seqq.*, et Reiff. *h. t. n. 140*,

Ex adverso continuitas eiusdem personae non ex titulo heredis, at ratione *personae moralis* habetur in collegiis, in quibus m. f. praelati bona administrantis vel eorum, saltem in maiori parte, idem constituentium, nocet incipiendae praescriptioni, cui postea inchoandae b. f. istorum loco succedentium non prodest, quia collegium semper idem esse intelligitur; et praelatus repraesentans collegium habet eamdem personam iuridicam cum collegio. — In aliis qui negotia gerunt aliena seu praebent suum ministerium possessioni aliorum, quia non ipsi *civiliter* possident, b. f. non in mandatario seu procuratore, sed requiritur in mandante seu domino, seu principali. Cf. Suarez, *De legibus*, *VIII, 3, 4* et D'Annibale, *II, 140, not. 8*.

294. Alia conditio est *titulus iustus*. Aperte hoc statuit ius positivum can. in *cap. 17 h. t. X:* « *cum in praescriptione rerum ecclesiasticarum bona fides et iustus titulus exigatur* ». Iustus titulus est: « *causa seu ratio de se habilis ad transferendum dominium* ». Proinde constituit fundamentum *obie-*

ctivum praescriptionis, complens elementum *subiectivum* seu b. f. eamque externe probabilem et iuridicam reddit (1).

Sunt *tituli iusti ii* qui ordinantur ad transferendum dominium; quocirca non est *titulus iustus* ad praescriptionem idoneus, locatio, conductio, commodatum, depositum, pignus; e contra emptio, venditio, donatio, legatum, sunt *tituli iusti.* At quomodo praescriptio est modus acquirendi dominii, si alium exigit ad hoc *iustum titulum?* In hanc quaestionem iam advertimus, praescriptionem sanare defectus actus acquisitivi seu vitium tituli externe positi legitime, qui tamen ex parte alienantis inficitur aliquo defectu, unde rerum dominium transferri non potuit. Titulus ita impar translationi proprietatis dicitur *coloratus.*

295. Iamvero *in ordinaria praescriptione ex voluntate expressa iuris can.*, ex *cap. 4 h. t. X* requiritur titulus *coloratus* (2). Non sufficit titulus *existimatus* seu *putativus*, qui locum habet quando creditur ex falsa opinione intervenisse revera titulum recte positum, qui reapse non interfuit. Dixi - *in praescriptione ordinaria ex voluntate iuris expressa* - nam ius can., quod semper et in quocumque tempore ad praescribendum

(1) Nonnulli iuris civilis commentatores opinantur *titulum iustum* requiri a iure positivo quasi fundamentum et rationem b. f., non vero constituere conditionem disiunctam a b. f. — Sed verius est *iustum titulum*, per se, exhibere conditionem *obiectivam*, nimirum distinctam a b. f. et *titulum iustum* requisitum fuisse a iure positivo, ut institutum praescriptionis magis esset consonum principiis aequitatis, cum consuleret necessitati auferendi dubia circa efficaciam tituli. Ceterum negari non debet tituli iusti existentiam complere, suapte vi, praesumptionem b. f. in foro externo. Cf. cl. Ruggeri *op. cit.* § *523* et Serafini, *Inst. di dir. rom.*, § *67.*

(2) Ne fiat aequivocatio, notetur nonnullos canonistas titulum *coloratum* appellare *putativum.* Sed nos dicimus *putativum* seu *existimatum* titulum qui reapse non extitit; *praesumptum* vero eum vocamus quem lex praesumit intervenisse ad effectum praescriptionis *extraordinariae,* qui effectus obtinetur, etsi titulus nullimode positus sit.

requirit b. f., non exigit titulum *coloratum*, nisi in praescriptione *ordinaria;* at in praescriptione *extraordinaria* 30 vel 40 annorum sufficit titulus *putativus*, seu *praesumptus*, quia ob longum tempus praeterlapsum in pacifica possessione ius praesumit titulum interfuisse.

Imo iure Iustinianeo in *lege 11 ff. Pro empt.* a iurisprudentia can. non repudiata, regulae generali, requirenti titulum *coloratum*, exceptio inducta fuit pro casu quo ex *causa iusta erroris* titulus *putativus* haberetur; ut ecce si procurator cui mandasti rem emere, tibi persuaserit rem emisse quam revera non emit.

296. Insuper requiritur *iusta possessio* ex *reg. 3 iuris in 6: « sine possessione praescriptio non procedit »*. Possessio debet esse *iusta* seu non vitiosa, ut nempe non fuerit acquisita nec vi nec clam nec precario. Ut ecce, mihi legatum relictum fuit, quod vi aut clam incipio possidere. Adest bona fides et iustus titulus qui nullus est, utputa, quia res legata non erat testatoris. Nihilominus praescriptio non procedit, quia non *iusta* seu *vitiosa* fuit possessio.

Praeterea in possessore *ad praescriptionem* requiritur *animus dominantis* seu *domini;* cum enim possessio debeat producere dominium, conditio eius qui possidendo praescribit, non debet externe ab eo differre qui dominus est, ne effectus causam superexcedat. Theophilus I, *Quib. mod. toll. oblig.*, § *2.* — Contra in possessione civili *ad interdicta*, sufficit ut quis nomine suo non alieno possideat, quo modo etiam civiliter emphyteuta possidere dicendus est, quamvis huiusmodi possessione usucapere non possit.

297. Possessio debet esse *continua* toto decursu praescriptionis; unde obest *interruptio*. Et res, praescriptioni obnoxia, debet semper posse revocari ab eo adversus quem praescribitur; unde nocet *suspensio*.

1) Possessio *interrumpitur naturaliter* et *civiliter*.

Naturaliter duplici modo interrumpitur; nempe deficiente aliqua naturali conditione ad praescribendum, scilicet

a) si praescribens possessionem rei amittat, licet hoc contingat ex iniuria alterius;

b) vel si possessionem amplius retinere non possit ob amissam b. f., quae mutatio in foro externo praesumitur, quando quis quocumque modo *ius alterius* in re possessa fassus sit vel recognoverit (1).

Civiliter interrumpitur, si possessor provocatur in iudicium; nimirum per litis contestationem, imo et per solam citationem. — Si vero per adversarii absentiam lis introduci non potuit, per quaerimoniam, scilicet protestationem legitime factam, praescriptio interrumpitur; ex *l. 2 et ult.*, § *3*, *C. De ann. except.*, et *ex cap. 8 h. t. X.*

Quum *naturalis* interruptionis causa sit defectus alicuius naturalis requisiti ad praescribendum, exinde sequitur ut tempus antecedens evanescat neque possit computari ad praescribendum, si dempto impedimento, praescriptio denuo inchoatur. Ea contra *civilis* interruptionis effectus aestimatur ab exitu litis seu a sententia, utpote declaratoria iurium possessoris. Quae si est favorabilis praescribenti, interruptio pro non habita habetur; si contraria, ante acta possessio evanescit.

2) *Suspenditur* possessio seu *dormit* contra non valentes agère, quia « *non valenti agere non currit praescriptio* »; *l. 1,* § *ult. Cod. De ann. except.* et can. *Prima actione*, *13, caus. 16, q. 3*, sive *iuris* sive *facti* impedimentum sit.

Iuris impedimentum, seu generali iuris praesumptioni innixum, habetur in Ecclesia vacante, quae caret suo legitimo defensore, arg. *c. c. 4 et 15 h. t. X.* — Ecclesia vacans comparatur pupillo adversus quem, durante aetate pupillari *dor-*

(1) Inquam - *in foro externo* - nam in foro interno creditur asserenti se bonam fidem habere.

mit praescriptio: ex *l. sicut in rem, C. De praes. 30 vel 40 ann.*

Habetur *facti* impedimentum, si Ecclesiae praelatus fiat haereticus, schismaticus, dilapidet bona Ecclesiae, aut ab hostibus detineatur; ita DD. arg. *c. c. 1 h. t. X*, et *5, De concess. praeb. X* (III, 8). Ex *cap. 10 h. t. X*, in tempore *belli, pestis* habetur praescriptionis suspensio. — Quia huiusmodi facta sunt accidentalia nec praesumuntur, aperte probari debent, et doceri non esse minoris gravitatis ac ea in iure expresse considerata. Nam iure can. expressio unius facti intelligitur, hoc casu, non *taxative* sed *demonstrative* facta; cf. D'Annibale, *II, 142 in nota 17.* Demum si factum sit ita personale et domesticum, quod quippe incognitum et privatum non possit probari, praescriptionis *suspensio* non habetur, et in casu laesionis potius fiet locus in integrum restitutioni; cf. Reiffenstuel *h. t. n. 201.* Nam Ecclesiis aliisque personis privilegiatis praesto est remedium *restitutionis in integrum* ad rescindendum praescriptionis effectum.

298. Vis *suspensionis* est ut interim praescriptio non currat. Suspensione vero cessante, iterum praescriptio procedere incipit ac priora ac posteriora tempora coniunguntur, dempto tamen intermedio suspensionis tempore.

Quare *primo* differt *suspensio* ab *interruptione*, quia cessante suspensione fit coniunctio temporis ante acti cum posteriore seu subsequente suspensionem.

Secundo differt, quia suspensio qua est impedimentum personale et precarium, non prodest alteri *valenti agere,* utputa coheredi, socio.

Contra interruptio *naturalis* prodest omnibus, adversus quos praescriptio currebat, quia praescriptio *reapse* cessat.

Civilis vero ei tantum prodest, qui interruptionem provocat per iudicium, et illi tantum obest quem adversus lis fit, nam *res inter alios acta nobis nec nocere nec prodesse potest;* at

exceptis, ut planum est, creditoribus solidalibus; quia unum idemque ius omnes et singulos tangit.

299. Denique advertatur non solum possessionem debere esse *iustam continuam* sed dumtaxat a possessionis facto repeti praescriptionis efficaciam et extensionem, unde a *regula 3 iuris in 6*, « *sine possessione praescriptio non procedit* », dependet et explicatur alia vulgaris « *non plus praescriptum quam possessum* ». Verum ex aequitate concessum fuit *beneficium accessionis* possessionis, quamobrem quis quasi suam et in se translatam considerat possessionem alienam, etsi, suapte natura, *factum* possessionis in alium transferri non possit. Quocirca Scevola advertit in *l. 14, ff., De div. temp. praes.*: « Consistunt enim (accessiones) in sola aequitate ». Requiritur autem in huiusmodi accessione ad effectum praescriptionis:

1) Ut inter primum et secundum possessorem successio intercedat per *iustum titulum* sive universalem sive particularem ;

2) Utraque possessio oportet sit ad praescribendum idonea nec alius, praescriptioni extraneus, possessioni incumbere debet, sed *immediate* possessio in uno alteroque possessore continuanda est.

300. *Tempus* est postrema conditio. Tempus est mensura continuatae legitimae possessionis ad praescriptionem; et proinde debet esse *continuum, non interruptum, non suspensum.*

Pro rerum acquirendarum diversa natura tempus diversum est. — Distinguuntur res mobiles ab immobilibus, nam pro illis est facilius commercium, et, ne diu incertum et dubium eorum dominum remaneat, expedit eas breviori tempore praescribi. — Immobilibus accensentur *beneficia*, census, reditus, iuspatronatus, ususfructus, servitutes, privilegia et similia; quia ista omnia fixa manent et instar immobilium fructum et commoditatem afferunt. Cf. Clem. *Exivi*, § *Proinde de V. S.* (V, 11). Res pretiosae Ecclesiae, etsi sint mobiles, *quoad alienationem* et proinde

praescriptionem, aequiparantur immobilibus; ex Const. *Ambitiosae, Un., Inter extrav. com., De reb. eccl. alien. vel non.* Iura vero et actiones si attingant res immobiles, veniunt quasi accessorium nomine immobilium; si vero spectent ad res mobiles, veniunt nomine mobilium, per reg. *Accessorium, 43, De reg. iur. 3 in 6.* Hisce positis:

1) Res mobiles sive privatorum sive Ecclesiarum *cum titulo* nempe *colorato* praescribuntur triennio ex iure can.; per Authenticam *Quas actiones. Cod. De sacras Eccl.* a Gratiano in Decretum insertam in can. *Placuit, 25,* § *Quas actiones, caus. 16, quaes. 3,* quaeque ab Ecclesia usu recepta fuit. *Caput 8, h. t. X* non obstat; quia loquitur de rebus immobilibus.

2) Res immobiles vel pertinent ad personas privatas vel ad Ecclesias et in genere ad loca pia.

Quoad *primas,* res privatorum iuri canonico obnoxiae *cum titulo colorato* praescribuntur spatio 10 annorum inter praesentes et 20 inter absentes: *lex un. Cod. De usuc. transform.* Praesentes quantum ad propositum illi dicuntur, qui in eadem provincia degunt. Quod si quis aliquando praesens, aliquando absens fuerit, supra *decennium* adiciuntur anni absentiae, ita ut pro unoquoque anno absentiae bini computandi sint anni; unde regula est, duos annos absentiae aequivalere uni praesentiae et viceversa; cf. Auth. *Quod si quis. C. De praes. longissimi temporis.*

Quoad *secundas,* idest res immobiles Ecclesiis pertinentes et locis piis, praescriptio nonnisi spatio 40 annorum currit, ex *c. c. 4, 6, 8, 9 h. t. X.* At excipitur Ecclesia Romana, cuius bona et iura non praescribuntur, nisi spatio 100 annorum, arg. *c. c. 13, 14, 17 h. t. X.*

301. *Extraordinaria* dicitur praescriptio decurrens 30 aut 40 annorum spatio, ob tempus longissimum. Ista non requirit titulum *coloratum,* sed sufficit b. f. et titulus *praesumptus,* uti cum communi docet Pirhing in *h. t. n. 95,* et Barbosa,

Collect. in *c. 6, h. t.* — Quare rebus ecclesiasticis spatio *40 annorum* praescribendis sufficit titulus a iure *praesumptus*. — Sed Bonif. VIII in *c. 1 h. t. in 6* (II, 13) statuit requiri *titulum coloratum*, quando ius commune, resistens praescribenti, favet illi contra quem praescribitur; et huius tituli defectum sanari tantummodo per praescriptionem *immemorialem*. Ratio est, quia in extraordinaria praescriptione titulus est *praesumptus* ex coniectura tam diuturnae pacificae possessionis; sed si quis aliquid obtineat contra voluntatem *iuris communis*, utputa canonici ius decimandi possideant in praediis alienae parochiae, prout agitur in *c. 2, De rest. spoliat. in 6*, cum huiusmodi possessioni aperte resistat ius commune, requiritur titulus *coloratus* vel *immemorialis* praescriptio. Haec enim, ut loquuntur pragmatici, *est melior titulus de mundo,* arg. *c. cit. h. t. in 6.*

302. At quid iuris de *centenaria* et quaenam est eius efficacia? De immemoriali vidimus ipsam supplere titulum etiam contra praesumptionem iuris communis; at teste Card. De Luca, *De emphyt. disc. 60, n. 3-5*, Rota Romana pluries decisit unam alteri aequiparari, quia in praescriptione *centenaria* praesumitur titulus etiam contra intentionem iuris communis; scilicet praesumitur privilegii concessio. Verum quia argumentamur non ex legis textu expresso sed ex centenariae praescriptionis natura, necnon ex canonica iurisprudentia, hoc non est adeo perpetuum et firmum, ut in aliquo casu iudex ob causae adminicula contrarium edicere non possit, nimirum in eo casu centenariam praescriptionem non sufficere ad supplendum titulum contra iuris communis praesumptionem; cf. Glossam in *c. 26, De verb. signif.*, *X* (V, 40). Sed procul dubio *centenaria* semper vincit praescriptiones 30 vel 40 annorum; unde his opposita, praevalet.

Ea contra *immemorialis* praescriptio ob iuris expressum textum in *c. 1 h. t. in 6*, praesumi iubet titulum seu ipsum privilegium contra communem iuris intentationem. Huiusmodi

praescriptio potior seu efficacior est *centenaria*, quum, uti habet Pontifex *l. c.*, « ... *tanti temporis allegetur praescriptio cuius contrarii memoria non existat* ». Quare dum centenaria comprehenditur et perimitur sub clausula *non obstante praescriptione*, immemorialis debet mentio fieri ad eamdem excludendam; scilicet dicendo « non obstante quacumque praescriptione etiam immemoriali », quemadmodum loquitur Trid. in *Sess. 23, cap. 10, De ref.* (1).

§ 2. *De praescriptione quoad effectum extinctivum.*

Summarium. — 303. Consideratur in specie effectus *extinctivus*, quia aliquando effectus *immediatus* praescriptionis est *extinctivus*, mediatus est *acquisitivus*. — 304. Aliquid speciale est ad praescriptionem *extinctivam*, *quoad titulum*. — 305. Quoad *rem aptam* seu obiectum. — 306. Quoad *iustam possessionem*. — 307. Quoad *bonam fidem*. — 308. Quoad *tempus*.

303. Praescriptio quatenus nobis aliquam rem *acquirit*, alterius in eam rem ius *extinguit;* et hinc in quacumque praescriptione habetur duplex effectus, alter *acquisitivus*, *extinctivus* alter, sed diversimode. Nam in rebus acquirendis effectus *immediatus* est *acquisitivus*, *mediatus extinctivus*. Ea contra quando per praescriptionem iura resolvuntur, effectus *immediatus* est *extinctivus*, *mediatus* vero *acquisitivus*. Exinde notabilis fluit differentia circa modum quo applicantur conditiones praescriptioni appositae; siquidem quando res acquirenda est, hae versantur *immediate* circa rem praescribendam et hinc *positive* ad hanc se habent; quando ius extinguendum est, *imme-*

(1) Intrinseca differentia inter praescriptionem *cent.* et *immemor.* haec est: scilicet in centenaria cognoscitur initium, et hinc titulus cognosci deberet, si extitisset; ea contra in *immemoriali*, quia ignoratur initium, praesumendum est reapse non absque titulo sed vi tituli possessionem habuisse initium.

diate huc spectat conditionum usus, nimirum *ad resolvendum ius*, unde excepto *tempore*, in aliis habetur modus quasi *negativus*. Quomodo hoc fiat, modo explicabimus.

304. Cum primis *titulus* non requiritur, quia non debent sanari defectus acquisitionis rerum, sed resolvi iura, obligationes et appositae actiones.

305. *Obiectum extinctionis praescriptivae* sunt iura, sed nonnulla excipi debent,

Primo excipiuntur iura, quae a privatis civibus vel fidelibus disponi non possunt. Nempe ea quae pertinent ad statum reipublicae, nimirum ad civitatis *ius publicum;* nec non iura ad publicum bonum comparata, qualia sunt munus s. visitationis Episcopalis, praedicationis et alia huiusmodi in Ecclesia. Haec, si non sunt divini iuris, legali contraria *consuetudine* abrogari, derogari possunt, non vero *praescriptione*.

Secundo excipiuntur iura *facultativa*, quia « *in facultativis non datur praescriptio* ». At quaerendum, quaenam sint iura *facultativa,* cum omnia iura sint agendi morales facultates. — Et in hanc quaestionem in primis advertatur, praescriptione extinctiva contineri alienationem; ius enim uni extinctum alteri acquiritur, vel accrescit. At nonnulla iura nec acquiri nec alienari valent, prouti sunt ea quae pertinent ad naturalem *hominis* libertatem, veluti per vias publicas ambulare, facultas res suas legitimo modo tuendi et alia huiusmodi. Item ea quae pertinent ad statum *civis*, scilicet ad iura omnibus et singulis civibus comparata; utputa ius recurrendi ad tribunalia pro suis iuribus iuxta leges experiundis; haec nimirum iura per non usum nunquam extinguuntur.

Verum non pauca sive hominis sive civis iura possunt fieri obiectum conventionis, vi cuius aliquid fieri debeat, dari vel praestari; nimirum quis potest suam libertatem constringere vinculo obligationis suaque iura in pactum deducere; en obiectum praescriptionis extinctivae. Huiusmodi enim iura non am-

plius sunt *facultativa*, sed *legi* subsunt obligationis. Hoc pateat melius exemplis. Quis per 100 annos et amplius ire consuevit ad alicuius molendinum, citra omnem conventionem. Exinde sane nulla obligatione ligatur ad idem in posterum accedendi. Sed si ponamus, conventionem intercessisse et hanc per 30 aut plures annos non observari, eamdem per praescriptionem extingui usuvenit.

Nonnulla iura vero civibus a lege conceduntur quae, cum coerceant aliorum libertatem, continentur obligatione a lege alteri adversus alterum imposita; et haec extinguuntur quasi ob renunciationem, si per certum tempus non exerceantur. Ita lex, certis sub conditionibus, ius dat impediendi alium ab aedificando, ne, altius tollens suam domum, luminibus vicini (seu fenestris) officiat. Tunc si altero superaedificante, alter taceat et quiescat post certum tempus, ius reclamandi praescriptione amittit. Hoc pacto, extinguitur ius patronatus, ius decimandi et alia id genus iura ecclesiastica.

306. *Possessio* requisita iuribus extinguendis est specialis, quia negative versatur circa obiectum praescriptionis et potius consistit in usu suae libertatis vel suae rei, ac si non esset adversus alium obstricta certo iuris vinculo. Quare huiusmodi possessio ita potest dici contineri « *in libero exercitio propriae libertatis vel suae rei, nulla habita ratione iuris alterius* ». Quae possessio iusta est vel iniusta iuxta conceptus iam expositos.

307. Item *bona fides* requiritur in sensu iam explicato, ita ut consistat in persuasione possessoris, qui taliter agendo putat se nemini iniuriam inferre. Quocirca si obligatio vel ius praescribendum importet me aliquid facere, dare, praestare, ego si ignorans obligationem non adimpleo, toto tempore a legibus definito, contra eamdem praescribo. Si vero scio me obligatum esse, versor in m. f., quando obligatio urget me aliquid facere quod ego non facio vel non praesto, ex. g. reddere rem domino suo,

quamvis hic non petat nec illius recordetur; et hinc praescribere non possum. Quod ad iura *in re aliena seu* alteri in re nostra comparata, quae *pati* debemus ab aliis exerceri, veluti servitutes rusticas *viae, actus, itineris*, vi quarum permittere debemus in praedio rustico alterum hisce iuribus uti; nec non quoad *obligationes* nos aliquid praestare iubentes, sed ad postulationem alterius, qualis est obligatio solvendi legatum quod a legatario requiri debet; ista iura omnia per non usum eius cuius interest, adversus eumdem praescriptione resolvuntur. Unde qui in via praescribendi est, dummodo obicem non ponat, scit se nemini iniuriam inferre permittendo illius iuris extinctionem. — Ita commode resolvitur quaestio: « *utrum in praescriptione extinctiva requiratur bona fides* »; quaestio sane difficillima, ut fatentur Schmalzgrueber, Pirhing, Reiffenstuel in h. t., sed ipsis difficilior ob repositum conceptum b. f. in *persuasione* possidendi *rem non alienam* (1).

308. *Tempus* etiam requiritur ad continuandam possessionem, quae nec *interrumpi* nec *suspendi debet.* Heic cum loquamur de iuribus et obligationibus, advertatur:

1) Iura realia et hinc actiones reales sequuntur res quibus inhaerent, quasi accessoria et eo tempore praescribuntur, quo istae res principales, nisi quid speciale cautum sit in iure, ut factum est pro actione hypothecaria, quae contra *debitores* eiusque *heredes* non praescribitur, nisi annis 40, ex *l. cum notissimi C. De praescript. 30 vel 40 annorum.*

2) Actiones personales seu obligationes extinguuntur 30 annis, ex *l. Sicut in rem. C. De praes. 30 vel 40 an.*, iuxta *Summarium: « omnes actiones quae minori tempore* (hoc maxime se refert ad reales) (2) *non tolluntur, 30 annis tolluntur* ».

(1) Cf. Dunod qui *De praescriptione* opus adornavit absolutissimum, et De Luca *De iud., D. 21.*

(2) Ita actio doli biennio praescribebatur, actio iniuriarum spatio unius anni.

3) Actiones quae 30 annis aut minori tempore praescribuntur, per litis contestationem fiunt *perpetuae* SENSU IURIS, seu durant ad 40 annos inchoandos a tempore cessationis a lite; *l. ult., C. De praes. 30 vel 40 ann.* Praescriptio enim currit adversus negligentes, seu desidiosos cives. Sed qui litem inchoavit, solertiae specimen dedit et ei longius tempus conceditur ad res suas repetendas.

4) Etiam actiones (1) criminales certo temporis decursu extinguendae sunt. Sed rem canonicam quod spectat, haec est implexa admodum quaestio, quam amandamus ad tractatum *De poenis* (2).

(1) Haec quaestio, quippe implexa pluribus dubiis et difficultatibus in foro canonico, oblata fuit pro congrua solutione Sacrae Congregationi Concil. a Curia Lublinen.; et *die 22 augusti 1896* discussa fuit et responsum prodiit: *Transmittatur ad S. Cong. EE. et RR.* At haec nondum rem definivit.

(2) Cf. *Acta S. Sedis, V. I, p. 110,* ubi refertur decisio S. Congr. EE. et RR. admittens, praescriptionem 30 annorum sanare defectum Beneplaciti Apost. in contractibus alienationis rerum ecclesiast.; quin obstet Const. Urbani VIII *Romanus Pontifex,* quippe haec Const. decernit necessariam esse praescriptionem centenariam, quando Eccl. in contractu laesionem passa sit gravem.

§ 3. *De iudicialium instantiarum peremptione.*

Summarium. — 309. Distingui debet actionis *praescriptio* ab instantiae *peremptione*. — 310. Reapse ius rom. constituit actiones criminales *biennio*, civiles *triennio* perimi. — 311. At ius can. hanc praescriptionem reprobavit. — 312. Hinc disparuit iure can. speciale institutum *praescriptionis instantiarum* et instantiae praescribuntur ordinario tempore 30 annorum aut perimuntur expresso iudicis decreto. — 313. Tridentinum Concilium *directe* occurrit necessitati lites reddendi celeriores. — 314. Praxis forensis alia comparavit remedia. — 315. De peremptione instantiae *appellationis*. — 316. De peremptione instantiae per litis renunciationem.

309. Praeterea a tractatione de praescriptione iurium et actionum disiungi non debet quaestio de modo et tempore, quo praescribantur seu *perimantur* instantiae iudiciales. Revera ab *actione*, ut iam vidimus, essentialiter distinguenda est *instantia*, quippe haec significat actionis exercitium in processu iudiciali. Quare ne profunda fiat confusio, ut recte innuit etiam De Luca *De iud. D. 21, n. 9,* secernatur actionis praescriptio ab instantiae praescriptione seu *peremptione*. Nam hic quaeritur an instantia iudicialis, certo tempore interrupta seu a sua prosecutione suspensa, vel ipso iure vel ad partis petitionem *perempta* haberi debeat, adeo scilicet ut amplius agitari non possit; quamvis in sua vi perseveret *actio;* cui proinde ulterius experiendae nova instantia instaurare oporteat.

310. Iustinianus *de actionibus* statuit, post litem contestatam, has non praescribi nisi 40 annis; *de instantiis* autem in celebri lege *Properandum, Cod. De iud.*, edixit: « *Properandum nobis verum est ne lites fiant immortales et vitae hominum modum excedant, quum criminales quidem causas iam nostra lex biennio conclusit* ». Dein (civiles) edixit « *non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas* etc.. » At Doctores hanc legem interpretantes non conveniunt; quia

nonnulli autumant ibi partibus fieri praeceptum, ne litem inchoatam prosequi et terminare differant, et inde perimi instantiam, si biennii aut triennii spatio, respective, interrumpatur. Alii vero opinantur, verba legis alloqui iudices et eos iubere ut intra statutum tempus iudiciales instantias absolvant. Et haec interpretatio est longe verior, siquidem legis contextus hanc postremam sententiam diserte exprimit. — Unde patet magnopere differre actionis praescriptionem ab instantiae peremptione, quocumque modo Iustiniani Constitutio intelligatur. In instantiis enim perimendis non attenditur b. f., quae est fundamentum praescriptionis, sed a iure positivo praesumitur litis renunciatio, si lex ita concipiatur, ut praecipiat instantias haberi desertas, cum litigantes certo tempore easdem prosequi intermittant. Si autem lex per *peremptorium* terminum actibus iudicialibus constitutum, intendat iudices compellere ad lites celerius terminandas, tunc habetur legis iussum a iudicibus ex *officio nobili* diligenter adimplendum; sed instituti *praescriptionis* ne vestigium quidem habetur.

311. Ius can. hac in parte a civili Romanorum iure dissidet. Siquidem in *cap. 20, De iud.*, *X* (II, I), decernitur non observandos esse terminos instantiarum peremptorios a Iustiniano statutos in lege *Properandum*. Ratio repetitur ex fraudibus et cavillationibus, quibus faciliter prorogabatur instantia

(1) Iure rom. ante legem iustinianeam - *Properandum* - habentur constitutae peremptiones instantiarum. Nam iudicia a magistratibus agitata extra Urbem intelligebantur perempta, quando ipsius magistratus expirabat auctoritas seu *imperium*; ait Gaius *IV*, § *105:* « *quia tamdiu valent* (instantiae) *quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit* ». Alia iudicia Romae agitata inter cives romanos dicebantur *iudicia legitima* (cetera enim nuncupabantur *imperio continentia*) et per legem *Iuliam iudiciariam* perimebantur lapsu decem et octo mensium; ait *lex 23, ff. De iud.:* « *a lege Iulia lis anno et sex mensibus moritur* ». In iudiciis legitimis perimebatur *actio* et *instantia*. — Postea in desuetudinem abierunt *legitima iudicia* et omnia facta sunt *imperio continentia* et quia magistra-

ad eamdem perimendam, cum facile sit alteri litigantium vel utrique tricas interserere ad impediendam litis celerem expeditionem. Sed abrogata Iustiniani lege, quomodo evitari potuit scopulus ne pene *immortales fierent lites?*

312. Cum primis advertatur iure Decretalium non aliam substitutam fuisse legem *directe* decernentem instantiae peremptionem; quamobrem concordi sententia Commentatores docent exinde instantias iure can. evasisse *perpetuas*, ut videre est apud Reiff. *De iud. n. 31*, Schmalzgrueber *De iud., n. 82*, Gonzalez in *comm. in cap. 7, De off. et pot. i. d.*, et Barbosam in *cap. 20, De iud., n. 1, 2.* Hic doctor refert communem opinionem et, quod maximi ponderis est, testatur de consuetudine fori non solum ecclesiastici sed etiam civilis sequentis vestigia iuris can. — Canonistae nituntur etiam *cap. 5, De in integr. rest. X*, (I, 40) et *cap. 14, De priv., X* (V, 33).

Verum Giraldi, *Expos. Iuris Pont., P. I, 223*, quem sequuntur cl. De Angelis, *Praelect. De iud., n. 5*, et. cl. Santi *eodem tit., n. 5 sq.*, refert, instantias foro eccl. intelligi perpetuas non *sensu proprio*, sed *sensu iuris*, nimirum has spatio triginta annorum perimi, ex *l. 3, Cod. De praescr. 30 vel 40 ann.*, qua edicitur: « *Sed si qua res vel ius aliquod postuletur vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus èrit agenti triginta annorum praescri-*

tus auctoritas evasit *perpetua*, etiam instantiae *perpetuae* habitae sunt; et exinde lex - *Properandum* - Iustiniani occurrit incommodis scatentibus ex perpetuis instantiis. — Hodie in codicibus *peremptio* instantiarum sedulo determinatur, uti in cod. gallico *proc. civ.*, art. 399, in cod. italico *proc. civ.*, art. 340. Hisce legibus non determinatur, quandiu instantiae durare debeant, ut gessit Iustinianus, sed *peremptio* incurritur, si certo tempore instantiae interruptae maneant. In codice citato Gregoriano generale institutum *peremptionis* non habetur, sed decernuntur speciales casus peremptionis. Cf. §§ *924, 1020, 1063, 1385.* Quare hic cod. institit vestigiis praxis forensis canonicae.

ptio metuenda». Giraldi, *loc. cit.*, hoc deducit maxime ex iurisprudentia S. Rotae Romanae (1).

Sed patet, hoc casu, non haberi propriam instantiarum peremptionem sed praescriptionis *extraordinariae* vim. Iamvero hoc institutum esse inefficax pro instantiis, quae breviori tempore absolvi debent, in aperto est; eo magis quod eluditur praescriptio per quemcumque actum processualem idoneum ad praescriptionem *interrumpendam*. Aliunde lites quae ordinarie possunt per lapsum triginta annorum protrahi, iam excedunt omnem mensuram legitimae persecutionis iudicialis. Quod persensit iam et fassus est Iustinianus aiens: « *lites fieri pene immortales* »; quamvis iampridem promulgata esset *cit. lex 3, Cod.;* cf. Schmalzgrueber *l. c. n. 79*, ubi ineptam esse hanc *praescriptionem* in re processuali innuit et confirmat variis auctoritatibus.

313. Proinde in foro can., iure quoque Decretalium, per remedia *indirecta* consultum fuit incommodis provenientibus ex perpetuitate instantiarum; nimirum per remedia *contra contumaces*. Per haec pars diligentior cogere potest partem negligentem ad iudicium prosequendum et absolvendum, uti suo loco exponemus. — Sed quia remedia *contumacialia* iure can. sunt admodum rigorosa et non expeditae executionis et ab uno litigante adversus alium provocari debent, hinc desiderabatur modus ad lites celerius terminandas facilis et directus, qui nempe legis imperio vigeret, quin in singulo casu requireretur cognitio iudicialis et iudicis sententia.

Hoc perfecit Conc. Trid. *directe* prospiciens huic iudiciorum necessitati per renovatam legem iustinianeam (*sess. 24, c. 20*); en decretum: « Omnes causae ad forum Ecclesiasticum

(1) Rota *Tuder. Parochialis S. Christinae de Valeixe 3 martii 1732, § 3, coram Emin. Crescentio - inter impressas decis. 156, n. 6 et in aliis allegatis in Barchinonen. - Iurisdictionis super attentatis 28 martii 1857 - coram clar. mem. Bussio.*

quomodolibet pertinentes, etiamsi beneficiales sint, prima instantia coram ordinariis locorum dumtaxat cognoscantur, atque omnino saltem infra BIENNIUM a die motae litis terminentur, alioquin post id spatium liberum sit partibus vel alteri illorum iudices superiores, alias tamen competentes, adire ». Interpretes in hanc legem, prouti factum fuerat in Decretum Iustiniani, inquirunt, an praeterlapso biennio *ipso iure* perimatur instantia, an tantummodo ad instantiam partium, adeo ut iisdem integrum sit, si libuerit, instantiam ultra biennium prosequi.

Haec ultima sententia videtur textui magis conformis. Nonnulli Doctores opinati sunt eam S. Conc. mentem fuisse, instantias *ipso* nempe *iure* declarare peremptas post constitutum terminum; nihilominus fatentur, ex consuetudine et iurisprudentia conciliare decretum ita fuisse intellectum ut partibus fas sit, post biennium, habere primam instantiam, quasi peremptam; sed *ipso iure* nullitatem non incurri. Cui interpretationi apprime textus videtur consentire ob illa verba: « *alioquin post id spatium liberum sit partibus* etc. » (1). Cf. Giraldi *P. I, sect. 223* et *P. II, sect. 151*, et De Luca *Annot. ad Conc. Trid., cit. cap. Conc. 28.*

314. Quum hoc decretum ita consuetudine forensi expositum sit, instantiae remanent *perpetuae* sensu explicato, si partes nolint uti facultate sibi a Trid. concessa.

Imo aliquando partibus expedire potest, potiusquam iudicium prosequi apud iudices superiores, quamvis praeterlapso

(1) Tantum abest ut Concil. Trid. declaraverit ipso iure *peremptam instantiam* ut disponat verbis immediate subsequentibus: « .... *qui* (iudices) *causam in eo statu quo fuerit assumant et quam primum terminari curent* etc. ». Quare *eadem instantia* definienda proponitur apud iudices superiores. Et pro praxi hoc advertere et observare est magni ponderis, quia acta instantiae iam inchoatae servant plenum valorem apud iudicem superiorem, qui non iudicat in gradu appellationis, sed in *prima instantia*.

biennio, permanere apud eumdem iudicem, etsi lis ad plures annos protrahatur. Siquidem legitima agitatio litis aliquando absque iudicis aut partium culpa longius expostulat tempus; maiores vero exigit expensas, si apud iudicem superiorem deferatur, ad quem convocandi sunt testes etiam e longinquo, exhibenda instrumenta et alia probationis media producenda, quae sunt magis facilia in loco domicilii litigantium (1). Hac de causa, Trid. Conc. partibus ius fecit adeundi iudices superiores post biennium; sed necessitatem praecepti non imposuit.

Hoc adeo verum est ut litigantes, ob maiores expensas et iudicii ad Superiorem delati difficultatem, remedio a Trid. Conc. inducto parum utantur. Cf. Pellegrini op. cit. § II *sect. II, subsect. 11 nn. 44-46.* At praxi forensi mos obtinuit ut inter-

(1) Antequam absolvamus tractationem de *praescriptione* rerum sive actionum et de *peremptione* instantiarum, iuvat revocare duas celebres regulas cancellariae, quarum altera, nempe *reg. 35*, se refert ad *peremptionem* instantiarum; altera nempe *reg. 36* ad *praescriptionem* beneficiorum. Reg. 35 ita se habet: « Idem Dñus Noster ut improbi lites exquirentium motus reprimantur; voluit, statuit et ordinavit, quod quicumque beneficium ecclesiasticum, tunc per annum immediate praecedentem pacifice possessum, et quod recto modo vacare praetendit, deinceps impetraverit: nomen, gradum et nobilitatem possessoris eiusdem et quot annis illud ipse possedit; et specificam et determinatam, in qua clare constare poterit quod nullum ipsi possessori in dicto beneficio ius competat, causam in huiusmodi impetratione exprimere *et infra sex menses ipsum possessorem ad iudicium evocari facere causamque ex tunc desuper infra annum usque ad sententiam definitivam inclusive prosequi debeat et teneatur; alioquin impetratio praedicta, et quaecumque, nullius existat firmitatis. Et idem impetrans de damnis et interesse* etc. » Uti patet, regula compescit fraudes *lites exquirentium* statuendo certam *peremptionem instantiarum*. — Alia regula vero 36, decernit *beneficii usucapionem per triennalem pacificam possessionem.* Haec est regulae intentio, cui obtinendae sane requiritur bona f., sed in effectum huius regulae adamussim quadrat conceptus b. f. a nobis explicatus, consistens non in persuasione *dominii*, sed in persuasione nemini iniuriam inferendi.

poneretur *imperium* iudicis. Nam si pars adversa fraudibus et cavillationibus nihilominus dilationibus iudicialibus abutatur, duo remedia specialia introducta fuerunt, usu forensi, ad perfringendam eiusdem pervicaciam.

Primum est ut iudex, postquam una pars litem prosequi nimis negligat, pronunciet litem *desertam esse*, qua sententia perimitur instantia et pars negligens doli et fraudis vehementer redditur suspecta et condemnatur ad expensas.

Secundum remedium etiam innititur iudicis imperio, quo post decennium a lite incoepta, si indubie constet de malo iure eius qui litem instituit, eo condemnato in expensas, pronunciat iudicialem instantiam peremptam fuisse. His remediis pluries usa est S. Rota Rom.; cf. Giraldi *l. c., sect. 223* (1).

315. Hactenus de causis in prima instantia. Quoad secundam instantiam vero seu appellationem, ex *cap. 5, De appell., X* (II, 28) et Clem. *3, De appell.* (II, 12) consultum fuit ut huiusmodi iudicia absolverentur intra annum; et solummodo, si adesset gravissima causa, intra biennium, computandum a die interpositae appellationis.

Quapropter ius can. efficit ut in iudiciis agitandis ea libertas partibus relinqueretur, qua si partes congrue utantur, possunt et instantias citius absolvere aut ulterius producere in faciliorem suorum iurium tuitionem.

316. Denique instantia perimitur, si unus ex litigantibus vel uterque renunciet liti ea intentione, ut salvo remanente iure actionis, interim cesset et pereat iudicialis *instantia*, quae est denuo instituenda, si actio iterum velit iudicio promoveri (2). Cf. *cap. 4, De proc. in 6* (I, 19).

(1) Pars quae uti velit facultate sibi concessa a iure Trid. in cap. cit., quando biennii tempus expiraverit, porrigere debet iudici libellum, quo petat acta transmitti ad iudicem superiorem ad normam decreti conciliaris.

(2) Iure romano sane fuit incognita *renunciatio* litis, quae secum-

ferret tantum *peremptionem instantiae*, et *non extinctionem actionis*; cf. *l. 10, ff. De iud.*, sed praxi forensi huiusmodi peremptio instantiae, vi renunciationis sensim invaluit etiam in foro can. et adhuc frequentari potest, quippe est utilis ei qui ingressus est iudicium et postea dubitat de suo bono iure, vel experitur adhuc non habere paratas probationes. — Cod. Greg. cit. hanc dispositionem expressit in § 912 seq. sub hac rubrica: *De renunciatione actorum litis*. Effectus huius renunciationis ita determinat § 915: « Renunciatio, admissa a iudicibus aut non impugnata ab alia parte, producit, suapte natura, sequentes effectus: « 1° *Negotium censetur restitutum in eum statum quo versabatur ante actus iudiciales*; 2° *Renuncians, vi actus renunciationis, censetur iam condemnatus ad expensas alteri parti refundendas* ». Cf. cl. Santi *tit. De renunciat., n. 7.*

TITULUS IV.

DE FORO COMPETENTI.

Huc ref. tit. 2, lib. II, X. - Tit. 2 in 6, II in Clem. - Tit. 2, II.

Summarium. — 317. Quomodo competentia differat a iurisdictione. — 318. Cum competentia exprimat iurisdictionem certis limitibus affectam, inquiritur sub quanam ratione inducantur isti limites. — 319. Enumerantur supremae rationes limitationis. — 320. Explicatur quomodo competentia determinetur ratione obiecti seu iurium controversorum, quae iudicii sunt obiectum *immediatum*. — 321. Hinc ob exceptionem seu ob *fori privilegium* clerici non ratione *iurium* sed ratione *personae* sortiuntur forum. — 322. Exponitur regula iuris positivi: *actor sequitur forum rei*. — 323. Ut designentur limites competentiae fori ecclesiastici et civilis, enucleantur iurium suprema genera. — 324. Dantur generales regulae determinantes competentiam iudicis eccl. et civilis. — 325. Explicatur quomodo competentia determinetur ratione territorii. — 326. Item ratione gradus.

317. Postquam egimus de natura iudiciorum eorumque obiecto seu de actionibus, modo de iudicum competentia agendum est. Competentia est « *iurisdictio qua pollet iudex ad instaurandum iudicium circa quaestionem promotae actionis* ». At non quicumque iudex potest quamcumque dirimere controversiam, quia non omnes iudices possunt indiscriminatim omnes lites definire. Exinde patet differentia substantialis inter *competentiam* et *iurisdictionem*, quae, nihilominus, passim absque discrimine usurpantur a Doctoribus; sed promiscuae usurpationi obstat non parum proprietas conceptuum. Competentia enim differt non solum a iurisdictione, uti species a genere, sed maxime uti *concretum* ab *astracto*. *Iurisdictio* dicit in *genere* et *abstracte* potestatem iuris dicendi, scilicet iudicandi; *competentia* in specie et in concreto dicit determinatam potestatem iudicandi attributam certo iudici quoad certas causas et in certo territorio.

318. Maxime praestat adeo distinguere a iurisdictione competentiam, quia inde aperitur aditus inquisitioni de modis seu rationibus, quibus inducuntur certi limites in potestatem iurisdictionis, unde determinatur *competentia.*

Revera rationes, ob quas ius positivum limites assignat potestati iurisdictionis iudicum, determinantes *competentiam,* repetuntur partim a principiis iuris publici, partim a causa privatae utilitatis. — Rationes limitationis a iure publico dimanantes ita afficiunt competentiam, ut haec fiat *necessaria* et *absoluta* et aliter in iudiciis applicari non possit, arbitrio litigantium: veluti competentia iudici ecclesiastico pertinens in causas eccles. — E diverso determinationes in competentia inductae praecipue in bonum privatorum, paulisper subsunt eorumdem arbitrio et dispositioni, seu paulisper mutari possunt, ut puta *prorogando* scilicet extendendo iudicis competentiam de una re ad aliam, de una persona ad aliam; inde haec competentia potest dici *relativa,* ut distinguatur a *necessaria* respondente principiis iuris publici.

319. Iamvero competentia in iudice determinatur:

1) Ratione obiecti } ob praescriptiones iuris publici.
2) Ratione gradus }

3) Ratione territorii; in bonum praecipue privatorum.

320. Ratione obiecti ita determinatur. — Obiectum iudiciorum *civilium* (1) sunt iura controversa seu actiones personales et reales; iurium subiectum sunt personae; proinde *immediatum* potestatis iudicialis obiectum sunt *iura controversa; mediatum* vero ipsae personae, quibus haec iura pertinent. Exinde quando quaeritur an iudex sit competens in certam causam, inspicienda est natura iuris diiudicandi, et si pateat, hoc ius comprehendi in ambitu potestatis iudicialis, respondetur, iudicem esse compe-

(1) Inquam - *civilium* - nam iudiciorum criminalium *obiectum* sunt crimina et poenae, quibus criminosi multandi sunt.

tentem. — Quamobrem, quando leges determinare intendunt iudicis competentiam, designant iurium controversias, quas iudex sua sententia definire valeat.

321. Ordinarium criterium determinationis competentiae sunt iura, non ipsae personae; nimirum in designando iudice competente non dispicitur cuiusnam sit ius controversum, Titii aut Caii, sed attenditur qualitas iuris seu causae definiendae; utputa an sit causa ecclesiastica vel secularis. Per exceptionem vero aliquando assignantur *directe* competentiae iudici non iura controversa, sed certae personae, edicendo ut quaecumque agatur quaestio pertinens ad has personas, istae causae iudicandae sint ab illo iudice. Ut ecce, si decernatur, milites, quamcumque hi habeant controversiam, iudicandos esse a militaribus hominibus; vel clericos item nonnisi apud iudices eccles. quacumque in lite contendere iudicio posse. — Tunc attenditur qualitas personae, quare fit exceptio regulae generali et *illi ordini* personarum comparatur privilegium: en fundamentum *privilegii fori* clericorum.

322. Quare criterium *ordinarium* determinandae competentiae est ipsum ius controversum; *criterium, ex privilegio, extraordinarium* est ipsa qualitas personarum.

Sed in hoc propositum exoritur alia quaestio. Quia duo sunt in iudicio contendentes, nempe *actor* et *reus*, quaeritur quinam iudex sit competens, si alter utputa actor sit clericus, alter nempe reus sit laicus, cum quaestio agitatur iuris civilis quae natura sua iudici laico obnoxia est. In casu quid praevalere debet, fori privilegium clerici vel ordinaria competentia iudicis civilis?

Huic quaestioni respondet regula iuris positivi in *c. c. 5, 8, X, De foro compet.,* (II, 2), nimirum: « *Actor sequitur forum rei* », uti iam edictum erat iure rom. in *l. 3, Cod.:* « *Ubi in rem actio exerceri* »; nempe: « *Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur* ». Idcirco in

specie proposita, iure ordinario (1) clericus sequi debet forum laici.

Idem principium est generale et quacumque in controversia inter quascumque personas usque applicatur ad determinandum iudicem competentem. Exemplo sit casus, quo actor proponit quaestionem iuris civilis et reus reconveniat actorem in quaestione spirituali. Veluti si actor agat de iure proprietatis alicuius fundi, haec quaestio instituenda est apud iudicem, cui subiicitur fundus controversus et hinc fundi possessor seu *reus*. Si hic vero actorem reconveniat, ut nempe recognoscat fundum gravari quodam onere reali, utputa pio Missarum legato, quaestio de valore legati deferenda esset ad iudicem eccles. et ad illum in specie cui subiectus est iste actor, qui *reus* efficitur vi reconventionis. Nam si reus degat in Dioecesi Bononiensi, actor in Florentina, ab actore conveniendus erit reus apud Ordinarium Bononiensem (2).

(1) Noto - iure ordinario - quia *de iure speciali* ampliatum fuit fori privilegium, adeo ut laici sequi deberent, *etsi rei*, forum clericorum, uti decisit S. C. Concil. *die 26 ian. 1623*. Nam interrogante Episcopo Civitatis Castelli an servanda esset consuetudo, qua adversus cognitissimam civilis et pontificii iuris regulam « *actor sequitur forum rei* », laici conventi a clericis actoribus ad eccles. tribunal traherentur? S. C. respondit: « *eiusmodi supposita laudabili consuetudine, laicos utique posse ac debere ad forum eccles. trahi* ». — Benedictus XIV in *Inst. 40* hanc materiam late prosequitur et docet, etiam in archidioecesi Bononiensi hanc consuetudinem legitime iampridem viguisse. Etiam Alex. III in *cit. cap. 5 h. t. X*, postquam docuerit *clericum sequi debere forum laici in causis civilibus*, cavet: « *licet in plerisque partibus aliter de consuetudine habeatur* ».

(2) Quia passim usurpatur vocabulum *fori* in hac materia, haec iuvat referre quae habet Pirhing *tit. De foro compet., n. 1*; ait enim: « Forus seu forum, quod ex primaeva nominis impositione significat locum publicum ad quem res venales deferuntur, in propositum significat in primis locum in quo lites et iudicia exercentur, seu ubi quis conveniri potest; capite *Forus 10, De verb. signif.*, ubi dicitur: « *Forus est exercendarum litium locus* ». Et in hoc forum, alias etiam tribunal vel auditorium vel

Hanc regulam induxit ius positivum ob aequitatem. Nam « *favorabiliores sunt partes rei quam actoris in iudicio* ». Siquidem hic, sponte sua, forsan non bono iure fretus, reum convocat in iudicium. At incivile esset praescribere ut reus non solum respondere debeat actoris petitioni, sed etiam hunc sequi apud eius iudicem forsan in dissita loca.

Sed gravior ratio est, quia *actor non condemnatur* sed reus, qui ad actoris petitionem aliquid dare, facere vel praestare debet. Quare iudex sententiam edendo vel reum absolvit vel condemnat, sed quacumque in hypothesi suam auctoritatem in lite definienda in reum exercet.

323. Modo aliquid delibabimus de supremis iurium divisionibus et trademus generaliores regulas competentiae.

Iura quae homini in societate seu religiosa seu civili competunt, deduci possunt in tres classes, nempe in iura *spiritualia*, in *ecclesiastica*, in *temporalia*. — Iura *spiritualia* sunt quae continentur in ipsa Ecclesiae divina institutione, seu fidelibus derivant ex rebus a Christo Domino ordinatis, quasi mediis, ad finem sanctificationis animarum, in vitam aeternam consequendam. Iura id genus profluunt ex primatu R. Pontificis, ex Sacramentis, ex munere Episcoporum, et ita porro. Controversiae quae pro his iuribus tuendis enascuntur, *spirituales* dicendae sunt.

Iura dicimus *ecclesiastica*, quae fidelibus comparata sunt ab auctoritate Ecclesiae vi quarumdam institutionum, spectan-

etiam respectu Papae aut Iudicis Ecclesiastici consistorium vocatur, ut notat Hostiensis in *Summa, tit. De foro compet. n. 1 et 2*. Forum etiam significat totum territorium in quo quisque iudex habet iurisdictionem; *l. Pupillus 239, De verb. signif.*, quo sensu etiam tota dioecesis dicitur territorium Episcopi. Putat tamen Hostiensis quod forus in masculino genere significat locum in quo ius redditur; forum vero in neutro genere ponatur pro territorio cuiuslibet iudicis, intra quod ius reddere vel dicere potest. Verum haec differentia fori in genere masculino et neutro grammaticalis solum est, nullum habens fundamentum in iure ».

tium ad finem societatis religiosae melius obtinendum; qualia sunt ex. gr. iura patronatus, iura beneficialia. Haec iura possunt dici etiam *spiritualia;* sed ea appellamus *ecclesiastica*, ut ab iis secernamus directe dimanantibus a divina institutione. Exinde nuncupamus causas *ecclesiasticas*, quae de his negotiis exoriuntur.

Iura denuo *temporalia* dimanant ex rebus ad bonum temporale respicientibus, suapte natura ordinandis et definiendis a civili auctoritate, quae praeest fini praesentis felicitatis consequendae.

324. Hisce positis haec teneantur:

1) Quia iurium subiecta sunt personae, sequitur, fideles baptizatos tantum frui posse iuribus spiritualibus et ecclesiasticis, proindeque ambitum competentiae eccles. necessario restringi ad fideles baptizatos: ad alios vero spectat illud D. Pauli: « *quid mihi de illis qui foris sunt iudicare?* ». Cf. Conc. Trid., *sess. 14, cap. 2.*

2) *Inter fideles baptizatos in iura spiritualia iudex eccles. habet prae quocumque alio iudice privativam competentiam.* Hinc ex *c. c. 2 et 3, De iud., X* (II, 1) sub comminatione censurarum iudices laici prohibentur ab istis causis definiendis. Quaenam vero sint istae causae spirituales in s. theologia et in iure pub. eccl. explicantur.

3) *Iura quoque ecclesiastica tantummodo iudicibus ecclesiasticis sunt reservata*, quippe haec profluunt ab auctoritate Ecclesiae. — Verum in hisce determinandis non semper eadem habita est regula, quia pro diversitate temporum Ecclesia diversimode ambitum suarum institutionum explicavit, nempe, suis legibus plura amplexa est *in media aetate*, quando ipsa assecuta fuerat plenam suorum iurium fruitionem, et civilis auctoritas (1)

(1) Hanc quaestionem iam attingimus agentes de potestate arbitrali iudicum eccles. - § 4.

in Ecclesiae tutela se collocaverat; quae iura hodie apud populos excultos amplius exercere non studet Ecclesia.

4) Iura temporalia seu civilia suapte natura ad iudicem secularem spectant, et in haec iudex eccles. competentiam non habet directam. Inquam - *directam* - nam *ratione peccati*, uti loquitur *cap. 13, De iud., X*, haec iudicare valet Ecclesia. Ut ecce si in contractibus ineundis pravus inolescat mos, veluti in usuris stipulandis, auctoritas Eccles. ad suum forum provocat haec pacta atque iudicat, an taliter inita valeant et an licite iniri possint.

5) Inter causas autem ecclesiasticas et causas civiles medium tenent locum causae *mixtae;* quae nempe utroque constant elemento *iuridico*, ecclesiastico et civili, et hinc uni et alteri tribunali competunt sed sub diverso aspectu. Cum primis ut causa dicatur *mixta*, non sufficit elementum naturale elemento spirituali seu ecclesiastico admixtum esse; sed unum et aliud elementum ita coniungi debent, ut diversam habeant consistentiam *iuridicam*, seu iura inter se discreta gignant. Haec notanda sunt ad genuinam causae mixtae notionem, secus omnes causae spirituales et eccles. essent mixtae, nempe ex aliquo elemento naturali et spirituali (1). Potius exemplum habetur in matrimonio. Matrimonium in hominum procreationem vi sua ordinatum continetur lege naturali; at superaccedente ratione sacramenti, valor iuridicus actus naturalis ita absorbetur a Sacramento, ut ille sine hoc consistere non possit. Hinc in valorem matrimonii christiani iudici laico nulla potest tribui competentia, cum amplius non supersit vis contractus civilis. Sed, praeter eius valorem, alia accedere possunt iura iis qui matrimonio iuncti sunt, veluti uxori iura dotis, viro certa iura competunt in bona et in hereditatem uxoris; uxori vero et liberis

(1) Siquidem iura omnia spiritualia in subiecto humano aliquid humani mutuantur.

iura constant in patrimonium et in hereditatem viri. Quia hi sunt effectus iuridici separabiles a natura coniugii iudicari possunt a magistratu seculari, quin ulla inferatur Sacramento iniuria. Neque reprobantur in hoc leges civiles vindicantes huiusmodi iudicia foro laicali. Cf. Leon. XIII, *encycl. Immortale, 1 novembris 1885.*

Verum non exinde aufertur iudici eccles. competentia in has causas, et si iudicet, legitime iudicat eiusque sententia attendenda est. Siquidem in hisce causis mixtis, uti loquuntur canonistae, *est locus praeventioni;* arg. can. 39 *Sunt quaedam, caus. 23, q. 5* et *cap. 1, De off. ord.*, X (I, 31), seu ille iudex negotium definiet, qui prior idem praeoccupavit (1).

a) Hinc si dum agitatur quaestio de valore matrimonii, incidat quaestio de dote aliisque effectibus separabilibus, iudex ecclesiasticus una cum principali quaestione has etiam accessorias definire valet, applicando leges de effectibus civilibus in societate civili vigentes; arg. *c. c. 1, 5, 7, Qui filii sint legitimi, X* (IV, 17) et *3, De donationibus inter virum et uxorem, X* (IV, 26) (2).

b) Quum vero principaliter quaestio exoritur de dote, de alimentis, de hereditariis iuribus, tunc causa, sub tali aspectu mere temporali, satius est ut expediatur a iudice laico.

c) Inter causas mixtas adnumeratur contractus laicorum iuramento confirmatus, quia tunc, uti vidimus, obligationi iustitiae adiungitur obligatio ex religione; en duplex elementum iuridicum tribuens subiectam materiam utrique foro; quando nempe agatur de contractus valore et executione contractus; cf. *c. c. 3, De iureiur. in 6* (II, 11) et *3, De pactis in 6* (I, 18). At si agatur

(1) Hoc principium *iuris praeventionis* in causis mixtis fundatur iuri positivo eccles. Cf. Cavagnis, *III, 414.*

(2) Verum si dubium sit an aliqua causa sit civilis vel ecclesiastica, controversiae definitio competit iudici eccles.; cf. *cap. 12, De sent. excomm. in 6* (V, 11) et Schmalzgrueber, *lib. II, tit. 1, n. 55.*

de valore iuramenti, quaestio est *privative* spiritualis, et planum est.

d) Praeterea causae omnes spirituales et eccles., quando agitantur sub simplici aspectu possessionis rei vel quasi possessionis iuris, quia possessio non *in iure* sed *in facto* consistit, fiunt mixti fori, quippe etiam a iudice laico definiri possunt. Cf. Reiffenstuel, *tit. 2, lib. II, n. 158.*

e) Ius vero *praeventionis* ita applicandum est, uti « *ubi coeptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debeat;* arg. *l. l. 7, 30, 34, ff. De iud.*

Haec dicta sunt ut declarentur competentiae limites *ratione obiecti*, quod eamdem *absolute* et *necessario* determinat, seu tam firme, ut litigantibus et iudicibus ipsis huiusmodi limites transgredi non fas sit.

325. Item competentia *ratione gradus hierarchici* determinata, *necessaria* est et *absoluta.*

Loquimur enim de hierarchia iurisdictionis ordinata per ius publicum eccles., unde iudicibus distributis per varios gradus ordinis eccles. certa tribuitur iudicandi potestas; et inde constituuntur gradus primae instantiae et appellationis.

Nam in prima instantia actiones proponendae sunt tantum apud iudicem ab ipso iure designatum, a quo si appellatio fiat, ad illum dirigenda est, qui solus videre potest de causa appellata, seu qui in tale negotium competentiam habet. Gradus enim hierarchicus gradum designat competentiae, qui ordo nisi servetur in iudicando, actus nullitatis vitio afficiuntur, quamvis partes litigantes et iudex ultro citroque convenerint vel consenserint, ut praetermitteretur gradus ordinarius primae instantiae vel appellationis.

326. Demum habito praesertim respectu *boni privati*, competentia determinata fuit *ratione territorii*, seu singulis iudicibus eiusdem gradus hierarchici certum assignatum fuit territorium, in quo tantum ius dicerent et inter illos dicerent in hoc terri-

torio domicilium foventes, vel ibi iudicem sibi eligentes ob expressam vel tacitam voluntatem. Hi proinde conveniuntur in iudicium apud illum iudicem, cui facilem habent accessum, et facile deferunt suae defensionis argumenta, eidemque facilem ingerunt factorum notitiam.

Caput I.

DE PRIVILEGIO FORI.

Summarium. — 327. De origine *privilegii fori*, nempe quaeritur an a iure divino vel a iure canonico hoc privilegium repetendum sit. — 328. De conditionibus praescriptis clericis, ut fori privilegio fruantur. 329. An clerici, pro libito, amittere et resumere valeant fori privilegium. — 330. An iudex eccles. sit competens in clericos ratione iurium aut criminum contractorum ante susceptionem status clericalis. — 331. In quaestionem *an quis sit clericus*, competens est tantum iudex eccles. — 332. Ecclesia, gravibus editis poenis, hoc privilegium tuetur. — 333. Hoc pertinet ad competentiam *necessariam*.

327. A criterio *ordinario* competentiam determinante, nempe *obiecto*, gradum facimus ad criterium *extraordinarium*, nempe ad qualitatem personarum, unde clericis comparatum fuit *privilegium fori*.

Hoc consistit in exemptione clericorum a foro laicali quoad iura temporalia seu causas civiles.

Origo istius privilegii non caret controversia agitata magno animorum aestu inter DD. catholicos in duas extremas sententias abeuntes. — Nonnulli cum Abbate in *cap. 12, De const.*, *n. 6*, Fagn., *cap. 19, De const.*, *n. 10*, et in *cap. 10, De iud.*, *n. 66;* Barbosa, *Ius eccl.*, *l. 1*, *cap. 29*, § *4*, autumant ab ipso iure divino clericos a iurisdictione fori seculari immunes esse, et innituntur maxime legi Veteris Test. eximentis sacerdotes et levitas a iurisdictione seculari; sed quia Novum Testamentum est excellentius eiusque sacerdotes sunt sanctiores, aiunt, absonum esse istos subiici potestati iudicum laicorum. Iure po-

sitivo can. hoc confirmant, praesertim ex *can. 15, caus. 12, q. 1*, ubi Imp. Constantinus ait: « *a nemine diiudicari potestis, quia solius Dei iudicio reservamini* »; et ex *cap. 4, De censibus, in 6* (III, 20), ubi « *Ecclesiae ecclesiasticaeque personae ac res ipsarum non solum iure humano quin imo et divino a saecularium personarum exactionibus immunes esse* » dicuntur; cui sententiae consonat Trid. Conc., *sess. 25, cap. 20, De ref.*, aiens: « *Ecclesiae et personarum ecclesiasticarum immunitatem Dei ordinatione et canonicis sanctionibus constitutam* ».

Alii DD. contendunt hanc immunitatem clericorum iure humano positivo proditam esse; ita Covarruvias, *Pract. q. c. 31, n. 2*, Molin., *Tract. 2, De ius et iure disp. 31, n. 11*. Argumentantur tum ex Novo Testam., in quo nullus textus habetur hanc exemptionem iubens, tum ex iure positivo can., quia clericorum a foro seculari immunitas non semper fuit eadem, sed varia tam quoad causas quam quod ad ipsas personas, ut patet etiam in Trid. Conc., *sess. 23, cap. 6, De ref.*, ubi hoc privilegium non parum cohibetur. Verum isti DD. privilegii originem ab auctoritate positiva Ecclesiae repetentes, essentialiter distinguuntur a Regalistis, qui a potestate Principum, fere vi privilegii, deducunt initium et vim exemptionis (1).

Sed e duabus extremis media exorta est sententia veritati magis consona; quam hodie post Schmalzgrueber, *tit. 2, l. II, n. 98*, fere communiter sequuntur canonistae. Aiunt isti DD. hanc clericorum a foro seculari immunitatem *immediate* quidem esse iuris humani, *fundamentaliter* tamen et *initiative* iuris divini. Nam non potest dici immediate profluere ex iure divino hoc privilegium, quod nec in Novo Testamento nec in Revelatione expresse constituitur. Sed in iure divino fundamentum

(1) In Syllabo proscribuntur, hac de re, plures erroneae sententiae. Cf. *Prop. 30, 31*.

habet et intentionem, quippe quod ita est consentaneum ordini clericorum, ex divina ordinatione statu laicali excellentiori, ut ille deordinaretur et quasi e suo gradu deiceretur, si laici iudices de eodem iudicare valerent. Hoc sub respectu Trid. Conc. *l. c.* declaravit, non *iure divino* introductum fori privilegium, sed divina *ordinatione* et *canonicis sanctionibus*. Quapropter S. Pontifici, qui a Christo Domino potestatem accepit in aedificationem, non in destructionem, huiusmodi privilegium non licet quoad omnes clericos omnesque eorum causas auferre. Verum privilegium hoc cum in sua determinatione pendeat a iure humano, Romanus Pontifex valet illud vel cohibere vel etiam auferre ob peculiares locorum et temporum rationes, uti praestiterunt Bonif. VIII, Conc. Trid.; nec non leges a Sancta Sede cum nonnullis regnis, sub hisce temporibus, hac de re concordatae.

328. Nunc videamus quomodo *canonicis sanctionibus* hoc privilegium determinatum sit:

1) Competit *clericis* ex *c. c., De foro comp.*, *X* (II, 2) et *2 h. t. in 6* (II, 2). Clerici vero alii sunt *maiores*, alii *minores*.

2) *Maioribus* usque competit, dummodo in crimine perseverantes non se ostenderint incorrigibiles, adeo ut, depositi ac degradati, traditi fuerint puniendi laicae potestati, *cap. 10, De iud.*, *X* (II, 1).

3) *Minoribus* competit, donec praestant quae habentur expressa in Conc. Trident., *sess. 23, cap. 6, De ref.* « Is etiam (en verba Trid.) fori privilegio non gaudeat nisi beneficium ecclesiasticum habeat, aut clericalem habitum et tonsuram deferens, alicui Ecclesiae ex mandato Episcopi inserviat, vel in Seminario clericorum aut in aliqua schola vel universitate, de licentia Episcopi, quasi in via ad maiores ordines suscipiendos versetur ». In quam dispositionem Concilii Trid. advertatur:

a) Clericum habentem *beneficium* gaudere privilegio fori, quamvis non servet alias conditiones, seu inserviendi Ecclesiae aut in Seminario commorandi studiorum causa. Nam conditiones sub disiunctiva positae cum sint, attenditur *regula 76 iuris in 6.* « *In alternativis sufficit alterum impleri* », prouti decisit *S. Cong. Conc.*, teste Fagnano, in *cap. 4, De rescript.*, *n. 3.*

b) Non requiri *explicitum* mandatum Episcopi, qui assignet Ecclesiam clerico minori, sed sufficere mandatum *praesumptum*, seu satis esse si clericus inserviat de facto alicui Ecclesiae nec Episcopus resistat: decrevit *S. C. Conc. in Neapolitana, 1 feb. 1614;* cf. Bened. XIV, *De Syn. dioeces., lib. 12, c. 6, n. 5.* Item si clericus alteri Ecclesiae, quam illi cui ex mandato Episcopi ad inserviendum adscriptus fuit, inserviat, nihilominus fori privilegio gaudere, respondit *S. C. Conc. in Senogallien. die 23 Ianuarii 1603.*

4) Gaudent privilegio etiam Monachi et Regulares omnes religionum et congregationum approbatarum tam professi quam novitii, nec non moniales et earum conversae et novitiae, quia omnes istae personae sunt Dei servitio specialiter deputatae (1). An eodem censu veniant etiam eremitae nulli Congregationi religiosae adscripti, qui habitum susceperint ab Episcopo vel ab alio superiore competenti et ab eius iurisdictione et correctione dependeant, non convenit apud DD.; cf. D'Annibale I. n. 365. — Sed verior est sententia, istos fori privilegio gaudere, quia saltem aequivalenter satisfaciunt conditionibus conciliaribus, et in materia favorabili favores sunt ampliandi; cf. Reiffenstuel, *tit. 1, lib. III, n. 25.*

5) Bonif. VIII in *cap. un., De cler. coniug. in 6* (III, 2) statuit clericos coniugatos hoc privilegio gaudere, dummodo cum

(1) Exinde patet, omnes utriusque sexus adscriptos recentioribus Cong. saltem approbatis ab Episcopo fori privilegio frui.

unica et virgine contraxerint et hodie, post legem Trid. *l. c.*, servent conditiones praescriptas iis qui beneficium non habent. Sed ex verbis dispositionis Bonifacii patet hos privilegio gaudere tantum in criminalibus causis, quia Pontifex loquitur de his causis. et dein addit: « *in ceteris autem eos gaudere nolumus privilegio clericali* ». Non desunt canonistae contrarium sentientes. sed hos non sequimur, quia *sine textu* (multo magis contra textum) *erubescimus loqui*. — Clerici vero bigami privilegio expoliantur et habitum et tonsuram deferre prohibentur; cf. *c. un. De big. in 6* (I, 12).

6) Ex ratione contrariorum sequitur privari clericos hoc privilegio, statim ac hisce conditionibus non obtemperent. Sed in propositum animadvertatur, ad privilegium amittendum non sufficere quamcumque habitus dimissionem, sed eam requiri ut ipsâ significetur clerici propositum deserendi statum clericalem; ut monet Fagn. in *cap. 1, De foro comp., n. 20.* — Praeterea si clericus habeat beneficium, etsi habitum et tonsuram non deferat, non destituitur privilegio fori, donec iudex sententiâ declaratoriâ ad tramites Const. Sixti V *in Sacrosanctum* decernat, ob dimissum habitum et tonsuram, clericum beneficio privatum extitisse.

7) Nonnulla crimina fori privilegiati secumferunt amissionem, quippe clericum degradatione multant; veluti *Sodomia* ex Const. *Horrendum* S. Pii V; crimen falsi monetarii, pro Italia ex Const. *In Suprema* Urb. VIII; *Sollicitatio ad turpia in confess. sacram.*; cf. Bened. XIV, *De Syn., l. IX, cap. 6, n. 7*. Item clerici *iaculatores, histriones* per annum has artes exercentes ipso iure omni privilegio spoliantur; ex *cap. unic. De vit. et honest. cler. in 6* (III, 1).

329. Verum amisso fori privilegio ob non impletas Conc. Trid. conditiones, integrum est clerico iterum eo privilegio frui, si denuo iisdem conditionibus satisfacere incipiat.

Excipiatur duplex casus:

1) Si clericus in fraudem habitum clericalem reassumere velit, scilicet ad effugiendum forum seculare (1).

2) Si Episcopus, ob dimissum habitum et tonsuram, clericum declaraverit iuribus clericalibus expoliatum. — Iure enim can. ne clerici colludant obtentu privilegii fori dimittentes et reassumentes habitum et tonsuram, constitutum fuit ut Episcopi, trina (2) praemissa monitione, clericos compellant ad satisfaciendum conditionibus conciliaribus; qua inutiliter praehabita trina monitione, declarare valent clericum excidisse a iuribus clericalibus, quae clericus, marte suo, amplius acquirere non potest. In hos casus more suo copiose et dilucide disserit Bened. XIV, *De Syn. dioec., l. 12, c. 2 et 3.*

Idem Doctor in *c. 2, l. c.* quaerit an ob amissum privilegium fori amittantur etiam alia privilegia et iura clericalia; et in negativam sententiam *cum communi* DD. descendit.

(1) Circa modum quo probari debeat *fraus* in habitu et tonsura reassumendis, haec habet Bened. XIV, *lib. XII, c. 3, n. 1:* « Tunc autem praesumitur clericus habitum, quem deposuerat, in fraudem resumere, cum illum induit, postquam a potestate seculari comprehensus atque in carcerem coniectus, ex eo se per fugam subtraxit; aut postquam e carceribus, praestita cautione parendi iudicis sententiae, dimissus fuit, inquit Fagnanus in *cap. Magnus, n. 73, De oblig. ad ratioc.*, in quo tamen eventu non secularis sed eccles. iudicis esse inspicere ac decernere etc. » Et in num. inseq. docet: « Disputatur duntaxat num de fraude constare debeat etiam ut iudex laicus possit contra praefati clerici bona realiter procedere, vel solum ut in eiusdem personam animadvertere queat. Non enim quoad hoc semper in eadem sententia perstitisse visa est S. Congregatio... Quamvis si contra clericum agatur tantum civiliter seu ad solam poenam pecuniariam longe facilior admittatur fraudis probatio; si enim ipse habitum resumat, postquam citatus fuit ad tribunal seculare, censetur illum resumere in fraudem et propterea non potest in eo iudicio civili forum declinare laicale quod docet Oril etc. censuitque S. C. Concilii in *Sabinien. privilegii fori 30 martii 1686* ». Cf. cl. Santi, *De foro compet., n. 42.*

(2) Neque sufficit una peremptoria seu tribus aequipollens, docet Bened. XIV, *l. c., cap. 2.*

Consequentia huius conclusionis erat, Episcopum posse ad suum forum revocare eum, qui unum tantum privilegium amiserat sed alia retinuerat propria status clericalis. Ita resolvit S. C. *in Leodiensi, 12 nov. 1680*, quam decisionem confirmavit Urbanus VIII *a. 1634, die 1 augusti;* et nuper S. C. Immunit. idem censuit *sub die 16 nov. 1843.* At Pius IX s. m. *die 20 nov. 1860* per decretum S. Congr. Immunitatis statuit privilegii fori amissionem ob non servatas conditiones Conc. Trid., *c. 6, sess. 23, De ref.* secumferre amissionem omnium aliorum privilegiorum status clericalis, ita ut clericus reducatur ad conditionem personae laicae; quapropter Episcopus non potest ad suum forum eum revocare, qui iure communi foro laicali subiicitur (1).

330. Quia hoc fori privilegium competit *personis,* ratione status, dubium non est, ad forum eccles. pertinere etiam clericos propter obligationes contractas, nec non crimina patrata, antequam ipsi amplecterentur statum clericalem; excepto casu fraudis, si quis nempe clericus fiat ad evitandum forum seculare, prouti cavet Trid. Conc. in *sess. 23, c. 4*, quoad clericorum privilegia. Verum decernere an fraus adfuerit in suscipiendo statu clericali, quapropter clericus ab ecclesiastico foro respuatur, est competentiae iudicis ecclesiastici, non laici.

(1) Decretum est *declaratorium* S. Concilii Trid. et hinc quamvis datum sit ad Ordinarios Status Pontificii, tamen constituit ius commune; est enim sequentis tenoris: « S. S. Dominus Noster Pius Papa IX declaravit, clericum *in sacris ordinibus constitutum* sive caelibem sive matrimonio iunctum, cum quod ea quae S. Conc. Trid., *sess. 23, cap. 6, De reformat.* disposuit, diligenter non observaverit, privilegium *fori* amittit, habendum esse destitutum atque *ipso iure et ipso facto* destitui omnibus clericorum privilegiis, ita ut haberi tractarique debeat tamquam persona laica, etiam in causis criminalibus et ad effectus poenales, quin iam nunc ac deinceps triplex monitio sive peculiaris declaratio, ipsum in hanc poenam incidisse opus sit ». Apud *Acta Sanctae Sedis, vol. III, pag. 443;* cf. Votum Consultoris hac de quaestione praemissum resolutioni *citati anni 1843;* cf. Cl. Santi l. c.

Si vero comprobetur, dolum aut fraudem interfuisse, tunc clericus non amittit clericalem statum, sed, pro illo certo iudicio, iudici laico subiicitur. Qui iudex tamen non potest *in personam* clerici animadvertere per aliquam poenam, quia de facto clerici persona est exempta. Quocirca si, iudicio discusso, sententia *in personam clerici* exequenda sit, requiritur ut vel hanc iudex ecclesiasticus exequatur, vel clericus degradetur. Dixi - *in personam clerici* - nam executiones in bonis clerici non prohibentur, quando permittitur laico iudici processum prosequi iudicialem in clericum.

Sed quid iuris si iam processus, saltem citatione, incoeptus sit coram iudice laico, quando unus ex litigantibus vel uterque absque ulla fraude clericus fiat? Huic quaestioni respondet vulgatissimum iuris principium, nempe *iudicium ubi fuit incoeptum ibi finiri debet.* Nec obest iudicis incompetentia: sententia enim a iudice lata ad id tempus retrotrahitur quo lis mota fuit; et tunc iudex competens erat. Tamen in sententia exequenda observentur supra dicta principia, scilicet, iudici laico *in bonis* clerici liberam executionem concedi, non vero permitti in clerici *personam;* quin inde intercipiatur processus iudicialis, quum integra maneat potestas iudicandi, etiam deficiente facultate sententiae exequendae: cf. *l. 4, C. De in ius vocand.* et *c. 19, De foro comp.*, X (II, 2) ibique Glossa.

331. Ex *cap. 12, De sent. excomm. in 6* (V, 17) iudici eccl. tribuitur enodanda quaestio, an quis clericus sit vel minus, quocirca iudex laicus non est competens ad definiendam quaestionem *praeiudicialem* qualitatis status clericalis, quia (*ibi*): « *dubitationis huiusmodi an scilicet sit, qui repetitur, clericus, ad iudicem ecclesiasticum, quia de re ecclesiastica et spirituali, vocato tamen iudice seculari, vel alio cuius interest, cognitio pertinebit* ». Advertatur praecipue, consultissime Pontificem in *cit. cap.*, ne fiant fraudes, cavere huic iudicio in foro eccles. adesse debere *iudicem secularem et alium cuius interest,*

nempe quasi *reos conventos*. Cf. Reiff., *tit. 2, lib. II, n. 276.* Nam iudex secularis vigilat ne fori laici violentur iura; quisque alius vero interesse habens caute attendit, ne per dolum evitetur iudex laicus, neve exinde sua iura detrimentum capiant. Glossa in *h. cap. ad v. « interesse »*.

332. Violantes clericorum fori privilegium ex *Const. Ap. Sedis* percelluntur excommunicatione *latae sent. speciali modo Papae reservata*, quae *n.* 7 ita concepta est: *« cogentes sive directe sive indirecte iudices laicos ad trahendum ad suum tribunal personas ecclesiasticas praeter canonicas dispositiones »*. Hic articulus depromptus fuit a § 15 Bullae *Coenae*, sed immutata est eius intentio. Nam antiquitus iudices laicos eorumque subalternos pertrahentes clericos ad suum tribunal haec excommunicatio tenebat, hodie non, ex hàc declaratione S. U. I. *die 1 febr. 1871: « Excommunicatio eos non attingit qui subordinati sunt, etiamsi iudices fuerint, sed in eos tantum lata est qui a nemine coacti vel talia agunt vel alios ad agendum compellunt »*. Supererat dubium an incurrerent *actores*, clericos citantes ad tribunal laicum. Verum quia et isti ad hoc fere *impelluntur* ab hodiernis legibus quae nullam vim recognoscunt sententiis, in hisce causis, a iudicibus eccles. editis, S. U. Inq. consulta respondit: *« nec actores incurrere, die 23 ianuarii anno 1886 »*; et addit: *« caput - Cogentes - non efficere nisi legislatores et alias auctoritates cogentes sive directe sive indirecte iudices laicos ad trahendum ad suum tribunal personas ecclesiasticas praeter canonicas dispositiones »*.

333. Privilegium hoc, quamvis *personale*, non potest renunciari a clerico, quia datum est singulis clericis non intuitu personae sed ordinis clericalis; et quisque iuri suo privato, non iuri coetus seu iuri publico renunciare valet. Imo quia hoc innititur ipsi dignitati ordinis clericalis divina ordinatione constituti, prouti explicavimus, quando ipse Pontifex Supremus gravissimis de causis suspendat huiusmodi iuris exercitium, videtur

Papa non hoc abolere privilegium; at ex plenitudine potestatis causas civiles et criminales clericorum delegare iudici laico, ut docet Glossa in *can. 1. Bene dist. 96.* Exinde haec docet Ordinarios locorum cit. Inst. S. U. Inq. a. 1886: « Ceterum in iis locis in quibus fori privilegium per Summos Pontifices derogatum non fuit, si in eis non dabitur iura sua prosequi, nisi apud iudices laicos, *tenentur singuli prius a proprio ipsorum Ordinario veniam petere, ut clericos in forma convenire possint; eamque Ordinarii nunquam denegabunt, tum maxime cum ipsi controversiis inter partes conciliandis frustra operam dederint* (1). *Episcopos autem in id forum absque venia S. Apost. non licet convenire. Et si quis ausus fuerit trahere ad iudicem seu iudices laicos vel clericum sine venia Ordinarii vel Episcopum sine venia S. Sedis, in potestate eorumdem Ordinariorum erit in eum, praesertim si fuerit clericus, animadvertere poenis et censuris ferendae sententiae, uti violatorem privilegii fori, si id expedire in Domino iudicaverint* ».

(1) Notetur monitum, quo Episcopi invitantur ad experiendam litium pacificam solutionem, antequam sinant clericum rapi ad tribunal laicum. — Hinc Episcopus conetur laico persuadere, ut per transactionem aut per arbitros suis rationibus consulat adversus clericum.

Caput II.

DE IUDICIS COMPETENTIA DETERMINATA RATIONE TERRITORII.

Summarium. 334. Iudex ratione territorii fit competens in personas ibi domicilium habentes et res ibi sitas, praeterea est competens in contractus initos et in delicta ibi a peregrinis patrata. — 335. Explicatur quomodo contrahatur *forum domicilii.* — 336. Quomodo sufficiat *quasi domicilium.* — 337. At non admittitur, in re iudiciali, forum originis distinctum a foro domicilii. — 338. De domicilio *ficto* seu *legali.* — 339. De foro competenti *ratione* contractus, vel quasi contractus. — 340. Item, *ratione rei sitae.* — 341. Quinam modus praevaleat in sortiendo foro, quando plures ex his concurrant.

334. Iudicibus *ratione territorii* subsunt et res seu iura et personae; quia res et personae territorio continentur. Si vero iudicibus facta fuisset facultas iudicandi de rebus et personis absque ulla limitatione territorii, magna confusio orta fuisset, quamplurima civibus incommoda, et praesertim maxima difficultas cognitionis causae agitatae in loco remoto a rebus et a personis quibus pertinet. In foro autem canonico, cuius potestas se protendit per universum orbem, iudicibus ecclesiasticis nullus adfuisset exercendae potestati finis territorialis. Quapropter ad rectam iustitiae administrationem singulis proprium territorium attributum fuit; unde regula: « *extra territorium ius dicenti impune non paretur;* ex *l. 20, ff. De iurisd.;* quia circumscriptio territorialis limitat ipsam iudicis iurisdictionem quoad locum sui exercitii.

Per territorium sortiuntur iudices personas et res sibi subiectas; nempe competentes fiunt in personas, ibi domicilium vel quasi domicilium habentes, et in res ibi sitas, sive fundi sint rustici aut urbani, sive res mobiles aut immobiles, et praeterea fiunt competentes in *facta iuridica*, nimirum in contra-

ctus et delicta, quae ibi contrahuntur a personis peregrinis, seu domicilium ibi non habentibus. Proinde iudex in suo territorio est competens in personas, *ratione domicilii*, et in res ibi *sitas;* in ipsos vero peregrinos fit competens *ratione contractus et ratione delicti.*

Quia vero actor et reus aliquando diverso domicilio utuntur, aequitas suasit iuri positivo regulam iam explicatam; nempe *actorem sequi debere rei forum.*

De foro competenti ratione delicti dicemus libro secundo; modo loquemur de aliis tribus competentiae titulis.

335. Cum primis videamus *de foro domicilii.* Domicilium in genere, *est locus in quo quisque moratur;* et distinguitur in PROPRIE DICTUM, quod obtinetur cum *quis deget alicubi cum animo ibi perpetuo manendi si nihil avocet;* et in IMPROPRIE DICTUM seu *quasi domicilium*, et ab eo contrahitur qui alicubi degens proposuit non perpetuo, sed per maiorem anni partem aut diutius, idest per *plures annos*, ibidem commorari.

Hoc domicilium sive proprium sive improprium ut acquiri possit, opus est *facto* et *voluntate*, nam inter homines non simplex voluntatis propositum, sed facta, cum plena voluntatis deliberatione prodita, iura gignunt. Uti par est, factum et voluntas diversimode requiruntur pro diverso effectu domicilii aut quasi domicilii. Ad proprium domicilium requiritur *factum habitationis*, scilicet ut reipsa quis habitationem in eo loco instauret (1); et *voluntas* ibi perpetuo manendi si nihil avocet. Dicitur - *si nihil avocet;* - sufficit enim perpetuo commorationis propositum, quamvis deinde voluntas mutari possit aut debeat ob aliquam vel occasionem vel necessitatem alio domicilium transferendi.

(1) Exinde domicilium non acquiritur, donec inchoatum sit factum habitationis, et acquisitum domicilium non amittitur, donec *reapse* quis discesserit non amplius reversurus.

Quia voluntas debet manifestari et factum habitationis potest coniungi cum proposito manendi vel etiam abeundi, tum pro foro externo tum pro interno (1) ad acquirendum domicilium requiritur aliquod certum argumentum voluntatis perpetuae habitationis.

Ex quo patet in hac materia plurimum tribuendum esse prudentiae et iudicis arbitrio, qui proinde, ut recte ferat iudicium de acquisito vel non acquisito domicilio, debet considerare adiuncta locorum, personarum et alia id genus. Hoc pro certo habeatur, ad acquirendum domicilium non requiri habitationem iam a longo tempore inchoatam, sed quamprimum quis pervenit ad locum cum animo ibi perpetuo permanendi et huiusmodi voluntatem manifestaverit, statim domicilium acquirit. Quocirca quando DD. asserunt, ad domicilium comparandum eo transferenda esse omnia sua bona aut partem suorum bonorum aut commorandum esse per decem annos et ita porro, referunt communiora facta, ex quibus evincitur et praesumitur voluntas perpetuae commorationis.

Ut domicilium vero iam constitutum retineatur, non opus est ut quis semper ibidem maneat, sed potest quandoque ex causa vel necessaria vel voluntaria, ex. g. peregrinationis, recreationis, vel negotiorum suorum, inde discedere, modo habeat redeundi animum. Quapropter duo haberi possunt domicilia proprie dicta, quia modo morali accipienda est *continuitas* habitationis, ita ut si quis per unam anni partem degat in urbe, per aliam fere aequalem partem anni degat in aliquo oppido cum proposito ita dividendi propriam habitationem, acquirat duplex domicilium. Hinc *cap. 2, De sepult. in 6* (III, 12). declarat haberi duo domicilia: « *Ab eo qui duo habet domicilia*

(1) Nam iurisdictio etiam in foro interno administratur in subditos; quotiescumque ergo quis subditus esse debet *ratione domicilii* ad sortiendum iudicem seu superiorem in foro interno, hoc obtinet per domicilium resultans ex *voluntate* et *facto*.

se collocans aequaliter in utroque ». Illud *aequaliter* morali modo accipiendum est, et voluntas huiusmodi commorationis aliquando faciliter praesumitur, utputa in eo qui in utroque loco commorationis quasi aequalem bonorum partem habeat.

336. Quasi domicilium sortitur aliquis in loco illo, in quo degit commorandi animo, non in perpetuum, sed per annum vel maiorem anni partem. Hodie certa (1) sententia est contra Schmalzgr. h. t. n. 19 et alios, non sufficere notabilem anni partem; cf. Reiff. *h. t. n. 22* et d'Annibale *I, n. 84, not. 20.*

Acquiritur quasi domicilium *voluntate* et *facto*, non secus ac domicilium, et hinc *incoepta habitatione cum voluntate* eam continuandi saltem per fere 7 menses, statim acquiritur quasi domicilium. Talem habent in academiis studiosi, in loco legationis Legati, in civitatibus negotiatores. quando quisque ex suo munere vel negotio per maiorem anni partem ibi commorandi animum habeat. Heic etiam *voluntas* huiusmodi apparere debet vel expressa attestatione vel aliquo facto.

Cum quasi domicilium expostulet habitationem productam, saltem, ad maiorem anni partem, patet neminem posse duobus in locis habere quasi domicilium. Nullum dubium, quod haberi possit domicilium in uno loco, v. g. in urbe, et quasi domicilium in oppido; at quaeritur an quis in eadem urbe possit habere domicilium in una paroecia, et quasi domicilium in alia, in qua moratur, ex. gr. ratione famulatus. Bened. XIV, in *Institutionibus eccl. 33 n. 12 et 88 n. 16* ait, in isto casu quasi (2) domi-

(1) Cf. Litteras S. C. S. Officii *diei 7 Iun. 1867* datas ad Episcopos Angliae et Foed. Statuum Americ. - Hinc derogatum fuit iuri communi in statibus Foed. Americ. decreto S. Officii *diei 6 Maii 1886*, quo statutum fuit eos de una in aliam dioecesim demigrantes obtinere *quasi domicilium per unius mensis commorationem.*

(2) Interim advertatur domicilium vel quasi domicilium semper contrahi relate ad aliquam paroeciam et hinc aliquem esse in dioecesi vagum, si nulla in paroecia fixerit domicilium aut quasi domicilium: cf. *cit. Inst.*

cilium non operari effectus iuridicos, quia praevalet domicilium habitum in eodem loco. Cl. D'Annibale *84, not. 23 l. cit.* videtur opinari etiam in isto casu quasi domicilium habere effectus iuridicos; quia posito facto quasi domicilii, curnam non sequentur effectus? Tamen ob auctoritates allatas a Bened. XIV, et quia quaestio debet resolvi, *ex iure positivo*, in praxi sequenda sententia a Bened. XIV explicata, cui videtur favere legitima consuetudo. Quamplurimi sunt effectus quasi domicilii, tum pro foro externo tum pro foro interno; nostram materiam quod attinet, unum innuimus, nempe per quasi domicilium quem sortiri forum competens. Cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 17*.

337. Impropria admodum locutione passim domicilium habitationis distinguitur a domicilio originis, sed in re iudiciali attenditur *forum domicilii, non forum originis*. Siquidem locus originis facit subditum ad ordines suscipiendos, non ad sortiendum iudicem. Tamen procul dubio, quis habitans in loco originis, ibi sortitur forum et aliquando in dubio origo facit praesumere de domicilio: in hanc rem ita Schmalzgr. *h. t. n. 23:* « Generaliter receptum est ut nemo in loco originis.... conveniatur, si non concurrat domicilium habitationis ».

338. Iterum distingui debet domicilium *in verum* et *fictum: verum* est domicilium corporalis praesentiae; *fictum* seu legale est locus quem ius assignat certis personis ob specialem earumdem conditionem, etiamsi reapse ibi non commorentur. Praecipuae species huius domicilii istae sunt:

1) ex *ll. ult. C. De incolis* et *ult. ff. Ad municip.*, uxor domicilium et forum mariti sortitur, ubicumque ipsa habitat, idque etiam defuncto marito retinet, quamdiu in viduitate

Bened. XIV. Ita apud Romanos locus domicilii erat Municipium, cf. *l. l. 20 ff. Ad munic.;* et 2. *C. De incolis.* Attenduntur enim pro effectu domicilii huiusmodi postremae divisiones factae in territorio societatis.

permanserit (1). Hoc receptum fuit iure can., facta dumtaxat exceptione pro causis matrimonialibus, quando mulier separata est a viro quoad forum et cohabitationem vel vir mulierem malitiose deseruerit. Tunc: « *Priori casu* (ait Inst. Aust. § 90) quaelibet pars ius accusandi contra alteram partem ipsi competens coram Episcopo dioecesis, ubi haec domicilium habet, exercere debet. *Posteriori casu* uxor apud Episcopum intra cuius dioecesim eius domicilium situm est, actionem instituere potest ». Hoc confirmat S. C. De Prop. Fide cit. Inst. an. 1883 § 2.

2) Religiosus in loco monasterii cui adscriptus est, domicilium habet, quod retinet quamdiu ad aliud monasterium voluntate superioris non transferatur. Pirhing. *h. t. n. 17*.

3) Clericus ratione beneficii forum *fictum* sortitur. Tamen res eget distinctione. Nam si beneficium illud residentiam expostulat et clericus a residentia dispensationem obtinuerit (2), conveniri in loco beneficii potest, etiam quoad ea quae beneficium non concernunt; si vero beneficium non sit residentiale, convenitur tantum in causis beneficium respicientibus.

4) Vagus, qui nempe nullibi fixum domicilium aut quasi domicilium habet, vel relicto suo domicilio quaerit quo se conferat atque ubi consistat, ubique forum sortitur, et de huiusmodi vago intelligi debet vulgare dictum, *ubi te invenero ibi te iudicabo*. Abbas *in cap. ult. h. t. n. 13*. Hoc non potest applicari peregrino, qui in aliquo loco versatur obiter et quasi praeteriens, reversurus ad proprium domicilium.

5) Tandem quisque fidelis, idest clericus et laicus, Romae censetur domicilium habere, iuxta classicum romanae dominationis conceptum in legislatione canonica traductum, eum-

(1) Inde facta est exceptio regulae communi, quia uxor *sive actrix sive conventa sequitur forum mariti*.

(2) Si clericus, ex dispensatione duo habeat beneficia residentialia, duo habet domicilia, et planum est.

demque a Cicerone ita expressum (*De Legibus II, 2*): « omnibus municipibus duas censeo esse patrias, *unam naturae, alteram civitatis* » — *Caput ult. h. t. X,* haec habet: « *quia tamen omnium Ecclesiarum mater est eadem* (Sedes Ap.) *et magistra, rite compelli potuit, ut ibi* (seu Romae commorans) *suis adversariis responderet: nisi pro alia iusta et necessaria causa venisset: quam si tunc allegasset, ius revocandi domum salvum fuisset eidem* ». Ex hoc capite sequitur:

1) quod curiae rom. iudex est *ordinarius* et competens, *in foro eccles.*, quoad omnes fideles Romae commorantes.

2) Hoc competit curiae rom. quocumque in loco resideat.

3) Romae conventus, etsi ibi domicilium verum non habeat, non potest exceptionem fori declinatoriam intentare, tamen si ex iusta et necessaria causa, idest *legitima negotiorum causa,* Romae commoretur, a iudice petere valet facultatem *revocandi domum*, quam obtinebit postquam constabit, *quod pro causa iusta et necessaria venisset* et quod Romae conventus minus sit ad se defendendum instructus.

Hactenus de casu quo quis Romae convenitur, et vidimus conventum non posse declinare forum curiae rom.: sed quid iuris si quis forte Romae commorans, conveniatur coram ordinario sui domicilii? potestne taliter conventus declinare forum sui domicilii? Ex communi iure non posset declinare, quia quando quis duobus in locis forum sortitur, utputa cum duo habeat vera domicilia, est in optione actoris eum convenire in quo maluerit foro. Fagnanus *in cap. Licet, 20, h. t. n. 40.* Sed *iuri communi* in hac specie derogavit *Constitutio Eugeniana (Cap. - Divina - 3, Tit. 7, lib. 5, Extrav. comm.);* ex qua non possunt extra curiam rom. conveniri *officiales* Sedis Apostolicae et alii Romae commorantes ad negotia expedienda. Quia vero non semel iustitiae administratio impediebatur ex hisce extra locum domicilii agitatis iudi-

ciis, Paulus V in Bulla *Universi agri* statuit hoc privilegium non suffragari nisi illis « *qui saltem per annum in Curia continuo residentiam fecerint* ». Trid. vero Conc. *in Sess. 24, c. 11,* cohibuit privilegium Eugenianum statuens: « Quae vero privilegia residentibus in Curia Romana vigore Eugenianae constitutionis.... competere solent, ea in iis qui beneficia Ecclesiastica obtinent ratione praedictorum beneficiorum, minime intelligantur, sed ordinarii iurisdictioni subiecti permaneant, non obstantibus quibuscumque inhibitionibus ». Idemque privilegium Trid. Conc. *in Sess. 23, c. 1, in fin.* abrogavit expresse quoad parochos Romae commorantes in fraudem legis, eosdem iubentis residere in Ecclesia sui beneficii (1).

339. Alius modus sortiendi forum *est contractus*. — Ratione contractus iudices ordinarii, uti ait *cap. 1,* § *3, in 6 h. t.,* fiunt competentes in *contrahentes aliarum dioecesum*. Cum primis advertatur contractus nomen non stricte hic sumi sed large, prout significat quamcumque conventionem expresse sive tacite initam, seu comprehendimus etiam quasi contractum ceu tutelam et negotiorum gestionem, adeo ut in propositam materiam nomine contractus veniat quodcumque genus obligationis ex l. « *omnem obligationem* » *ff. De iud.*

Ex *cap. Licet 20, h. t. X,* sequitur ordinarium loci, in quo initus fuit contractus, competentem esse in alterutrum contrahentium apud eum conventum, dummodo, ex *cap. 1,* § *3, h. t. in 6,* reus sit praesens in loco initi contractus quando citatur. Nam si iam excesserit, amplius conveniri non potest; si vero iam citatione praeventus fuerit, hinc iudex in eumdem etiam absentem processum continuare potest. Ratio est, quia

(1) Quoad iurisprudentiam SS. Congregationum, in ephemeride *Acta S. Sedis* possunt revolvi priora volumina, quibus ephemeridis moderator cl. Avanzini, appositas adiecit animadversiones et appendices. Speciminis gratia nonnulla loca indigitamus; nempe cf. *vol. I, p. 129 et 366; vol. II p. 137; vol. IX, p. 414 etc.*

ob contractum initum in territorio alterius iudicis, huius auctoritati quisque contrahens censetur se submittere, et hinc si causa exoriatur, ratione contractus, contrahentes praesumuntur se velle illi iudici submittere. Quando vero contrahens territorio excedit non adhuc conventus, tunc videtur se velle subtrahere competentiae iudicis illius loci. — Lex enim constituit hos faciles modos sortiendi forum, favens praesumptae voluntati contrahentium.

Quia tali modo sortiri forum dependet ex libera contrahentium voluntate, patet,

1) eos posse pacisci se in loco contractus velle sortiri forum, etiam si qui conveniri debeat, inde excesserit;

2) praeterea si partes nihil in contrarium conveniant, lex praesumit, eos forum loci velle etiam sortiri, in quo debet contractus impleri, ex *l. 21, ff. De obl. et act.*: « *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit* ». Hoc acceptatum fuit etiam in foro ecclesiastico; neque excludendae videntur causae matrimoniales (1).

(1) Certe nulla habetur Const. quae prohibeat, iudicem eccles. fieri competentem in hisce causis ratione contractus. Hinc viget ius commune. Praxis autem S. C. C., uti recte monet cl. Gasparri, *De mat. n. 1169*, admodum defert foro contractus in hisce negotiis, quippe processus instructionem aut informationem, pro re nata, solet committere seu delegare Ordinario loci, ubi initum fuit matrimonium; ait cl. Auctor: « *ut* (S. Congr.) *scilicet implicatam saepe domicilii investigationem evitet; qua remissione, etsi hic Episcopus de iure competens non esset, suppletur eius iurisdictio* ». Et hoc scite animadvertitur ad evitandam abstractam difficultatem. Revera graviores canonistae et Instructiones de re matrimoniali proditae non innuunt hunc modum sortiendi forum in hisce causis. - Verum in hoc propositum displicet sententia Pirhing, qui *tit. De foro compet. n. 36*, ait peregrinum, *nondiu moraturum in loco in quo contrahit*, non sortiri forum ratione contractus. - Nam contra est, forum ratione contractus sortiri *peregrinum*, dummodo citatione praeveniatur, antequam

Haec omnia valent etiam quoad *quasi contractus*. — Sed facta fuit exceptio maxime attingens negotiorum gestiones seu administrationes, de quibus in rationibus reddendis faciliter quaestiones usuveniunt etiam in foro eccl.. Exceptio in hoc habetur. Alii contrahentes si absentes, ipsis nolentibus, non possunt amplius conveniri coram iudice loci contractus: administratores vero possunt semper conveniri, etsi absentes et inviti, in loco gestae administrationis, *ex l. fin. C. Ubi de ratioc. agi oporteat*, quia in loco ubi gesta sunt negotia, facilior est causae instructio, nimirum ibi commode testes inveniuntur et interrogantur et litis instrumenta clarius intelliguntur. Hac de causa sodales vel socii conveniri debent in loco, ubi sedes est sodalitatis vel societatis, cf. *cit. cod.* Greg. § *440*. Et haec praescriptio viget tum pro publica quam pro privata rerum administratione. Cf. Abbatem *in cap. fin. h. t. n. 57*, et Schmalzgrueber *h. t. n. 45* (1).

340. Tertius modus sortiendi forum est *res sita*. *In l. 3, C. Ubi in rem act.* iubetur: « *In locis in quibus res propter quas contenditur, constitutae sunt, iubemus in rem actionem*

excedat a loco in quo contraxit; uti expresse decernunt citata *capita* et exponit Schmalzgrueber *h. t. n. 45*. Forus enim *contractus* distinguitur a foro domicilii quia ad illum sortiendum nullimode requiritur domicilium. Haec ratio sortiendi forum videtur penitus congruere causis matrimonialibus, quia in loco initi contractus facilior est causae instructio, et definitio, uti planum est.

(1) In codicibus hodiernis, uti iam in *cod. cit. Greg.*, distinguitur *domicilium* ad effectum sortiendi fori a loco *residentiae* vel *commorationis*. Domicilium assumitur pro loco, ubi quis gerit negotia, vel suorum negotiorum sedem principalem habet. Sed quia haec statuta sunt in bonum et commodum privatorum, permittitur ut quis sibi eligat domicilium in aliquo loco, sive plura sive unum tantum negotium ibi gerere debeat. E contra appellatur residentia sive commoratio locus, ubi quis de facto degit. Facultas vero expresse eligendi sibi *domicilium legale* innititur eidem principio, quo constituitur ius sortiendi fori ratione contractus. Nam quis con-

adversus possidentem moveri ». Ius canonicum hanc dispositionem acceptavit in saepies *cit. cap. 20, h. t.* et aliis. — Verum animadvertatur,

1) reum in loco *rei sitae* conveniri posse tantum *actione reali* non *personali*, quia actio realis rem immediate persequitur; actio *personalis* vero personam, ratione obligationis, persequitur. — In actionibus possessoriis illud singulare est, quod quamvis personales sint, tamen quia a persona repetunt aliquid circa rem *certam determinatam*, admittunt directam executionem in rem; unde ex parte executionis actiones possessoriae pressius accedunt actionibus realibus et hac de causa quamplurimi Doctores eas reales appellant; cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 55.*

2) Sive res mobilis sive immobilis sit quae repetitur actione reali, subest huic iuris dispositioni, dummodo res mobilis non *transeunter* et obiter at cum aliqua stabilitate sita sit in territorio iudicis; cf. Schmalzgrueber *l. c.*

3) Reus potest in loco rei sitae conveniri, etiamsi ibi non reperiatur, secus ac accidit in foro contractus ad quod sortiendum requiritur praesentia rei, uti explicavimus. Non desunt huic conclusioni contradictores, ita Barbosa in *l. ult. C. Ubi in rem actio. n. 15 et 16;* quos tamen hic non sequimur ob *cap. 5, Ut lite non contest. X (II, 6)* et praxim communem, de qua testatur Schmalzgr. *h. t. n. 53.*

341. Quoad hos modos sortiendi forum maxime scitu necessarium est:

1) forum domicilii dici proprium et naturale forum, ut

trahendo praesumitur velle subiicere omnem controversiam exorituram in negotio contractus iudici loci in quo contractus initus est. Quapropter inde prono alveo fluit facultas sibi eligendi domicilium ad scopum sortiendi fori in certo loco, cf. *cit. cod.* Greg. §§ *427, 446.* In eodem *cod.* non secus ac in codicibus hodiernis admittitur forus competens ratione rei sitae: cf. *cod.* Greg. §§ *436-437, 441.*

habet *Fagnanus h. t. in cap. 20, h. t. n. 9;* forum rei sitae et contractus, minus proprium et quasi accidentale;

2) hinc sequitur, certissime ex iure can. forum domicilii concurrere cum foro contractus et rei sitae et fieri locum praeventioni, ita ut iudex domicilii, si praeoccupet negotium citando reum ob contractum alibi celebratum, impediat competentiam iudicis fori contractus; et vice versa.

3) Nonnulli auctores opinantur forum domicilii non concurrere cum foro rei sitae, sed hoc illi praevalere. Quamvis fateamur hoc forsitan verum esse iure rom., negamus hoc observandum esse iure can., praesertim ob contrariam praxim forensem, de qua luculentissime testantur Barbosa *in cap. 3, h. t. n. 2;* Pirhing. *h. t. n. 49;* Gonzalez Tellez *in cap. 3, n. 9,* et Schmalzgrueber *h. t. n. 57.*

4) Attamen aliquando iudicium agitari non potest, nisi in foro rei sitae, utputa iudicium *restitutionis spoliatorum,* et tunc accidentaliter forum *domicilii* non concurrit cum alio *rei sitae.*

5) Demum in hoc propositum advertatur, admodum instare ius commune, ut serventur isti modi sortiendi forum, quippe mirifice inserviunt faciliori causarum expeditioni; hinc in *cap. 3, h. t. X* decernitur: « *Sane si Episcopi inter quos causa versatur, sint diversarum provinciarum, ille Primas det iudices in cuius provincia est locus* (seu res immobilis), *de quo contenditur* ». In *cap. vero 7, De privil. in 6* (*V,* 7) ita explicat Inn. IV privilegium aliquibus concessum ut nonnisi coram certo iudice conveniantur, decernens: « *Declaratione irrefragabili definimus quod quantumcumque sic exempti gaudeant libertate, nihilominus tamen ratione delicti, sive contractus aut rei de qua contra ipsos agitur, rite possunt coram locorum Ordinariis conveniri, et illi quoad hoc suam in ipsos iurisdictionem prout ius exigit exercere* ». Nam, uti innuimus, huiusmodi modi sortiendi forum *innituntur* praesumptae voluntati

illius, qui contrahens vel rem detinens in territorio alterius iudicis, videtur se submittere huius auctoritati, renuncians, in casu nostro, privilegio exemptionis. Concil. Trid. *sess. 7 cap. 14 De reform.* hanc Const. expresse confirmavit et extendit, « *addendo insuper quod in civilibus causis mercedum et miserabilium personarum clerici saeculares aut regulares extra monasterium degentes, quomodolibet exempti, etiamsi certum iudicem a Sede Apost. deputatum in partibus habeant.... coram locorum ordinariis tamquam in hoc ab ipsa sede delegatis, conveniri et iure medio ad solvendum debitum cogi et compelli possint....* »

§ 1. *De prorogatione competentiae.*

Summarium. — 342. Competentia territorialis seu *relativa*, quippe in bonum partium privatum directe ordinata est, potest, ex voluntate partium, extendi ultra suos limites, seu *prorogari*. Competentia vero *absoluta* determinata ratione *obiecti* aut *gradus* non prorogatur. — 343. Explicatur notio huiusmodi prorogationis, eiusque extensio declaratur.

342. Quia competentia territorialis determinatur *directe* in bonum privatum, seu ut cives commodius sua iura tueri et probare valeant, sequitur, personas privatas huius competentiae ordinem paulisper mutare in suam utilitatem posse. Exinde fit *competentiae prorogatio*. — Sed tantummodo competentia *territorialis* valet mutari; quia tunc infringuntur solum limites appositi exercitio competentiae, sed haec non extenditur ad alias species iurium aut controversiarum, quae iam non comprehendantur in eius ambitu. Scilicet non augetur *potestas iudicandi*, quod a privatis civibus praestari non potest, sed tantum *eius exercitium* extenditur ultra limites constitutos in utilitatem ipsorum litigantium. — Unde competentia ratione *obiecti* seu ratione *gradus* determinata *absolute*, contendentium volun-

tate non prorogatur. Siquidem litigantes non possunt consentire in iudicem laicum, ut hic videat de causa spirituali, vel non possunt litigantes in foro ecclesiast., praetermisso iudice ordinario prioris gradus seu Episcopo, causam deferre iudicandam in prima instantia ad Metropolitanum. Limites huiusmodi competentiae sunt determinati ex iure publico, cui privati non valent derogare.

343. Notio prorogationis competentiae a DD. passim ita definitur:

Extensio competentiae iudicis de consensu partium facta ultra limites intra quos in suo exercitio esset ordinarie constricta. Dicitur:

1) *Extensio competentiae*, quia partes possunt iudicem iam competentem in certam speciem negotiorum, eumdem facere competentem in quemdam casum illius speciei, in quo suam competentiam exercere non posset iudex ob limites praescriptos *ordinario* exercitio eius competentiae.

2) Potest tali ratione prorogari competentia iudicis sive *ordinaria* sive *delegata*, tamen diversimode.

3) Revera competentiae extensio fit *de persona ad personam, de re ad rem, de loco ad locum, de tempore ad tempus.* Scilicet iudici non suo se *persona* submittere potest; potest *res* submitti, vel potest permitti ut iudex in *territorio* non suo vel ultra *tempus* determinatum ius dicat. Iamvero iudicis ordinarii potest extendi competentia modis supra recensitis. Namque iudex ordinarius habet a iure potestatem in personas et res *certo territorio* comprehensas, et nihil refert an una persona potius quam alia, aut una res, non alia ei submittatur. — Iudicis delegati, e contra, potestas non alligatur *directe* territorio et hinc *indirecte* personis et rebus; sed *directe* conceditur in certas personas et res; quare praeter has personas et res nulla fruitur auctoritate delegatus. Quocirca eius potestas tantum extenditur *de loco ad locum* et *de tempore ad tempus.* Nam temporis et

loci conditiones seu adiuncta sunt accidentalia in exercitio potestatis iudicis delegati seu non habentis territorium, et praefiguntur exclusive in bonum partium.

4) Delegatus autem ad *universitatem causarum* in iure comparatur *iudici ordinario*, proindeque est capax huius quoque extensionis; saltem ex communiori sententia; cf. Reiff. *h. t. n. 132* et *c. c. 4, 40, X, De off. iud. deleg.* (I, 29) et *11*, § *1 seq. De rescript. in 6* (I, 3).

5) Prorogatio autem a litigantibus fit *expresse* vel *tacite*. Expresse si quis expresso pacto conveniat cum altero contendente, ut causa deferatur apud iudicem qui ordinario non esset competens. *Tacite* vero fit prorogatio, veluti si quis citetur coram iudice non suo nec citatus interponat exceptionem *fori declinatoriam*. Iudex enim non tenetur *ex officio* hanc opponere, quare conventus praesumitur in se prorogare velle non sui iudicis competentiam; cf. *l. 2, Cod. De pactis.*

6) Hunc effectum operatur consensus partium; quare si error interveniat vel metus, metus et erroris causa probata, processus nullus declaratur ex defectu competentiae; ex *ll. 2*, § *1, ff. De iud.*, et *cap. un. De his quae vi met. caus. fiunt in 6* (I, 20).

7) Clericis integrum est alterius iudicis eccles. in se prorogare iurisdictionem, tamen ob specialem subiectionem ipsis iure impositam erga proprium Episcopum, eisdem non licet se alteri iudici submittere, nisi etiam accedat consensus Episcopi, ex *c. 18 h. t. X.* — Iudici laico vero nullimode se subiicere possunt clerici nec de consensu sui Episcopi, qui iuri communi derogare non valet.

8) Generali hinc regulae, nempe *ex suo consensu* laicos prorogare posse iurisdictionem, communiter apud DD. et ex praxi, fit exceptio quoad causas spirituales, quas agitare debent *coram ordinariis locorum*, uti ait Conc. Trident. in *sess. 24, c. 20, De ref.*, et praecipit *cap. 3, De paroch.*, *X* (III, 29). Scilicet negotium spirituale, attingens bonum animarum, melius

cognoscitur et definitur a proprio praelato; cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 145.*

§ 2. *De prorogatione competentiae ex connexione causarum.*

Summarium. — 344. Ex praescripto legis fit prorogatio competentiae ob connexionem causarum, etiam in iudice *delegato.* — 345. Quomodo causae dicantur connexae. — 346. Explicatur prorogatio competentiae in causis connexis: 1) ratione personarum; 2) ratione actionis; 3) ratione rei petitae. — 347. Prorogationi ex connexione causarum partes renunciare valent. Renunciant non opponentes exceptionem *litis pendentis.* At casus connexionis causarum a iure can. *taxative* non sunt determinati. In dubio iudex decernet. — 348. Prorogatur tantum competentia territorialis. — 349. Quaeritur an clericus reconveniri possit apud iudicem laicum.

344. Hactenus egimus de prorogata competentia ex voluntate partium. At prorogatio competentiae fit etiam ex praescripto legis ob connexionem seu continentiam causarum. Lex enim non sinit, ut causae inter se connexae scindantur, seu apud diversos iudices definiantur. Causae enim naturaliter connexae facilius expediuntur ab uno iudice, seu evitantur inutiles circuitus, et definitiones inter se parum cohaerentes; evitantur maiores expensae et temporis dispendia. Cf. l. l. Nulli — *Cod. de Iud. et 3 ff. De iurisd. omn. iud.* — Prorogatur etiam potestas iudicis delegati: arg. c. c. *21 De off. deleg. X (I, 29) et 3 De donn. inter virum et uxorem X (IV, 19).*

345. Illae causae dicuntur connexae, quae inter se arcto vinculo nectuntur. Ratio vero connexionis necessario repetenda est ex elementis, quibus constant controversiae iudiciales. — Elementa contentioni iudiciali necessaria sunt:

a) *personae litigantium;*

b) *actio seu titulus iuridicus litis;*

c) *obiectum actionis seu res quae petitur.*

Iamvero si haec elementa in duobus litibus eadem sint, non connexio sed *identitas* habetur; inest tantum *connexio*, quando unum vel alterum ex hisce elementis idem est; et sufficit identitas unius elementi, ut duae causae dicantur connexae. Quare connexio oritur:

1) ratione personarum;

2) ratione actionis;

3) ratione rei petitae, seu obiecti litis.

346. Effectus vero connexionis causarum hic est, scilicet prorogare iudicis competentiam seu efficere, ut illa persona, illa actio, illa res trahatur ad tribunal iudicis, cui non pertineret eius quaestio nisi alteri fuisset connexa, iam praeoccupata ab isto iudice.

1) Connexio *ratione personarum* habetur, ex. g., in quaestionibus reconventionis; quando nempe reus reconvenit actorem. Hic si *secutus forum rei* versatur extra locum sui domicilii, non potest expetere ut causa reconventionis scindatur a causa conventionis, seu deferatur ad suum iudicem ordinarium. Utputa actor petit a reo solutionem cuiusdam debiti titulo mutui; reus reconvenit actorem pro solutione alterius debiti, ut crediti et debiti inde fiat compensatio. Iamvero actor non potest respuere rei petitionem exceptione incompetentiae iudicis. Nam ob causae connexionem prorogatur iurisdictio territorialis et hinc *iudex actionis est iudex etiam reconventionis, non secus ac exceptionis.*

2) *Ratione actionis* illae causae sunt connexae, quae promoventur adversùs plures personas ob eumdem titulum iuridicum, veluti titulo hereditatis. — Ut ecce creditor alicuius rei hereditariae ius habet citandi omnes heredes, quamvis in diversis locis domicilium foventes, ut compereant apud iudicem loci in quo aperta est hereditas, ibique respondeant de oneribus susceptis vi aditae hereditatis. Item dic de casu quo fideiussor convenitur apud iudicem debitoris principalis, ut, huius nómine,

satisfaciat susceptae obligationi. Item plures debitores solidales vel non solidales conveniuntur omnes, non habita ratione domicilii singuli debitoris, conveniuntur apud eumdem iudicem, ut quisque sive in solidum sive pro rata parte respondeat petitioni actoris.

In hac specie etiam clarius elucet necessitas non scindendi causas connexas, non solum ut parcatur expensis et maioris temporis dispendio, sed eo magis, ne de eadem re diversae habeantur sententiae et forsan contradictoriae, quod necessario fieret, si ex. g. de causa eiusdem hereditatis plures iudices sententiam dicerent, et hinc alter heredi certum onus adiudicaret, alter ex eodem titulo alii heredi idem onus abiudicaret, et ita porro.

3) Demum *ratione rei petitae* seu *obiecti litis* fiunt inter se connexae lites, quae circa rem litigiosam exoriuntur. Siquidem in quaestionem principalem aliae lites aliquando incidunt, quae proinde dicuntur quaestiones *incidentes*. Utputa agitur quaestio familiae herciscundae seu de hereditatis divisione. Ab initio promovetur quaestio, an unus ex concurrentibus ad hereditatem sit a limine iudicii repellendus qua filius illegitimus. Est quaestio *praeiudicialis*, quam resolvet iudex qui de causa principali videre debet. — Hac resoluta *praeiudiciali* causa, alia, in progressu iudicii exoriri potest, veluti an certa res pertineat hereditati. En quaestio *incidens accessoria*, quae disiungi non debet a causa principali, sed definienda est ab eodem iudice. Secus si scinderetur huiusmodi causarum continentia et forsan tot diversi adeundi essent iudices quot causae accessoriae incidere possent, pene in infinitum protraheretur definitio causae principalioris, nullus modus esset expensis; ac fraudibus et cavillationibus cupientis in longum rem protrahere facilis aperiretur aditus, et sententiae accessoriae forte non cohaererent cum principali.

347. Vis connexionis causarum ad prorogandam iudicis

competentiam dimanat ab ipso imperio legis, tamen habita ratione privatae utilitatis. Quamobrem si partes renunciare velint beneficio prorogatae competentiae ex connexione causarum, sane hoc praestare valent. Veluti si reus reconveniat actorem et hic opponat exceptionem incompetentiae iudicis, et reus acquiescat et contentus sit, ut finito iudicio conventionis, apud alium iudicem instauretur iudicium reconventionis, iste renunciat iuri suo.

Quando vero quis velit uti iure sibi a lege concesso, scilicet ne causae connexae scindantur, opponet exceptionem *litis pendentis* adversus eum, qui causam cum altera connexam iam pendente vellet ad alium iudicem deferre.

Quia ius positivum non determinat *taxative* quinam sint in concreto casus continentiae causarum, hinc iudicis erit decernere, pro re nata, an sit locus continentiae causarum ad effectum prorogandi competentiam. — Illius iudicis vero prorogatur competentia, quia antea negotium praeoccupavit; namque in causis connexis *fit locus praeventioni* et ille iudex *integrum negotium absolvet*, qui prior unam ex causis connexis expedire coepit.

At continentia causarum ex ipsa iuris voluntate est efficax ad prorogandam competentiam. Inde sequitur etiam iudicem delegatum posse videre de causa connexa cum principali quaestione, quamvis de illa in rescripto mentio facta non sit; cf. arg. *c. 21*, § *Si vero*, *De off. deleg.*, *X* (I, 29), et in hoc conveniunt omnes canonistae; cf. Reiffenstuel, *De foro compet.*, n. 145.

348. Ex dictis aperte patet, hunc effectum prorogationis attingere tantum competentiam *territorialem* et nullimode afficere competentiam determinatam ratione *obiecti* aut *gradus*.

Exinde si inchoata causa, utputa de valore testamenti, apud iudicem laicum causa incidat de valore matrimonii, haec a iudice laico nullimode definiri potest, sed remittenda est ad iudicem eccl., cuius sententia expectanda est ad decernendos con-

sequentes iuridicos effectus. Item si pendente *causa appellationis* de valore institutionis in beneficio iuris patronatus, exoriatur quaestio an amplius vigeat ius patronatus, haec causa non potest dirimi a iudice secundi gradus seu appellationis, sed remittenda est ad iudicem a quo, iuxta decretum Concilii Trid. *sess. 24, cap. 20, De ref.*, omnes causae in prima instantia iudicandae sunt.

349. Hoc principium, nempe tantum prorogari ex connexione causarum competentiam *territorialem*, a nemine in dubium revocatur. Sed quia clerici habent *forum privilegiatum* cui privilegio ipsi renunciare non valent, quaeritur an privilegium fori adeo vigeat ut clericus non solum non possit citari apud iudicem laicum, sed neque valeat apud eumdem reconveniri. Est quaestio iuris positivi cuius praescriptio inquirenda est.

Nimirum quaeritur an clericus iudicari possit *in causa reconventionis* a iudice laico. — Fieri enim potest, ut clericus ob regulam iuris communis - *actor sequitur forum rei* -, conveniat hominem laicum apud tribunal seculare; et incoepto iudicio, clericus a laico *reconveniatur*. Inde quaeritur an iudex laicus clericum iudicare valeat in causa reconventionis. Haec est celebris quaestio et elegans, quae cum ex iure positivo non habeat expressam solutionem, resolvenda est per principia generaliora.

Cum primis recolatur, *reconventionem* esse speciem *actionis* et hinc reconventum fieri *reum* in causa reconventionis; reconventionem vero induere naturam defensionis; unde convento seu reo ampla facta est facultas reconveniendi, quippe nulla species defensionis illi est deneganda; arg. *c. c. 1, 2, De mut. pet.*, X (II, 4).

Praeterea causa reconventionis est causa conventioni connexa, uti explicavimus; causas vero connexas scindendas non esse, iubet positivum ius. Quocirca ut concludatur *privilegium fori* obstare quo minus reconveniatur clericus in foro laicali,

probandum est, ius commune, sinens clericos convenire apud seculare tribunal laicos, prohibere ne isti a laicis conventis reconveniantur.

Iamvero reconventio clerici apud iudices laicos sane admittenda non est in causis *criminalibus*, quia iudex laicus in personam clerici nulla fruitur potestate, quare sententiam criminalem in clericum dicere non valet; arg. *cap. un., De cler. coniug. in 6* (III, 2). At haec conclusio aeque pertrahenda non est ad causas civiles, in quibus sententia et executio non in persona sed in bonis clerici *directe* vim exercere nata est. — Ceteroquin nullibi in iure invenitur cautum, clericos non esse reconveniendos a laicis in causis civilibus. Quare possidet generale principium, nempe *iudicem actionis esse iudicem exceptionis et reconventionis.*

Exinde Fagnanus in cap. *Quam - De ord. cog. nn. 35-59* recte docet clericos in civilibus posse reconveniri apud iudices laicos, nisi contraria vigeat particularis consuetudo. Sed non videtur sufficienter probata sententia Schmalzgrueber, *De mut. pet. n. 67,* opinantis iuris communis intentionem prohibere quo minus clerici a laicis in seculari foro reconveniantur, quod negat etiam Reiffenstuel, *De mut. pet., n. 20 seq.*

Hinc, pro praxi, teneatur, laicum, tuta conscientia et quin ullam ab Ordinario eccl. veniam expostulet, posse clericum reconvenire in causa civili apud iudicem secularem; quia in dubio prohibitae reconventionis possidet ius commune ordinarium. — At a *reconventione* proprie *dicta* rite distinguatur *cumulus actionum,* prouti explicavimus.

§ 3. *De competentia vel dubia vel nulla.*

Summarium. — 350. Iudex cui obiicitur *incompetentia*, videt de hac exceptione. — 351. Quinam sit iudex de dubia competentia inter duos iudices eccles. — 352. An valeant gesta a iudice *putativo.* — 353. De competentia *ratione gradus: remissive.*

350. Quia iudex incipit suam exercere competentiam citando reum ad suum tribunal, si citatus ei subditus non sit, non tenetur obedire, quia *extra territorium ius dicenti impune non paretur*. Sed aliquando est dubia competentia et tunc citatus, in dubio, comparere debet; se ipsum vere defendet *exceptione fori declinatoria*, cuius rationes probandae sunt; *siquidem reus excipiendo fit actor.*

De hac controversia cognoscet ipse iudex, cuius incompetentia excipitur iuxta iuris principium: « *Praetoris enim est existimare an sua sit iurisdictio: vocati autem est, non contemnere auctoritatem praetoris* », ex *l. Si quis ex aliena ff. De iud.* et *ex cap. 7 De Priv. X* (V, 33). Neque opponi potest alia generalis regula: *nemo iudex in causa propria;* nam haec causa iudicis *propria* dici non potest. Criterium enim ad dignoscendum utrum causa alicuius propria sit nec ne, datur in *l. 1* § *In propria ff. Quando appellandum sit*, et est « *eam esse propriam causam cuius emolumentum vel damnum ad aliquem, suo nomine, pertinet* ». Hoc est criterium fundamentale, quo dignoscitur an quis in aliqua causa partem habeat seu an possit causam instituere, vel in eadem respondere. Atqui habere vel minus competentiam in aliqua causa nec damno nec iudicis emolumento vertit, unde sequitur iudicem de dubia eius competentia ipsum cognoscere debere. Siquidem defectus competentiae non laedit personam iudicis, quia competentiae ordo determinatur a iure; neque hic defectus, iudicis minuit patrimonium, quippe iudicia eccles. sunt gratuita.

Ex diverso si non incompetentia sed suspicio a partibus iudici obiiciatur, tunc de causa suspicionis ipse videre non potest; quia iudex est suspectus vel ob animi affectum in alteram partem vel ob aliquod interesse morale aut patrimoniale sibi derivans ab eadem causa; *unde fieret iudex in causa propria.*

351. Quando excitatur controversia super competentia inter duos iudices ecclesiasticos; nempe quinam inter eos sit competens, decernitur controversia ab eorum immediato superiore iudice: cf. supra *De arbitris, n. 21.* Orta vero quaestione de competentia fori, iudicem Ecclesiasticum inter et laicum, sententia definitiva danda est ab ecclesiastico, utpote excellentiore, ex *cap. 6, De maiorit. et obed. X* (I, 33) et *12 De sent. excom. in 6* (V, 11).

352. At aliquando evenire potest ut iudici non solum desit competentia seu potestas iurisdictionis quoad certas causas et personas, sed omnis ei desit competentia ob defectum iurisdictionis, ita ut nullimode iudex sit, vel praelatus; utputa si Vic. Gen., constitutus ad certum tempus, hoc dilapso, vel revocatus, prosequatur causas decernere, agit quacumque destitutus iurisdictione. Quid iuris de taliter actis; seu quaeritur an haec sustineantur?

Viderentur absolute non valere, quia tunc deest ipsa iudicis qualitas et privati cives sententias ferre non possunt, partibus quoque consentientibus, nam ex *l. Privatorum C. De iurisd. omn. iud.* « privatorum consensus iudicem non facit eum qui nulli praeest iurisdictioni ». Et sane ita esset, nisi aliud statuisset ius positivum. Cum primis ius rom. hoc edixit in celebri *l. Barbarius ff. De off. praet.;* et postea ius can. *in can. Infamis persona 3, q. 7.* et *cap. 24. De sent. et re iud. X* (II, 27); et praecipue hoc obtinuit ex praxi et unanimi DD. calculo. In *lege Barbarius* agebatur de quodam Barbario Philippo, servo fugitivo, ac proinde publico muneri obeundo

impari, qui tamen simulans se hominem liberum esse et civem romanum praeturam assecutus, plura edixit ac decrevit. Cum vero quaereretur an gesta ab hoc putativo magistratu valida haberi deberent, haec valere responsum est ob *aequitatem et commune bonum.* Ita lex ratiocinatur: « *Hoc enim humanius est, quum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem; sed etsi scivisset servum esse, liberum effecisset* ». At canonistae non conveniunt in assignandis conditionibus, quibus alligatur eiusdem legis effectus.

Quia est publica auctoritas quae supplet defectum iurisdictionis in iudice putativo, certe requiritur error communis: ius enim commune utilitati communi prospicere intendit; hinc error aliquorum tantum non meretur generalem dispositionem: in hoc fere omnes conveniunt. At nonnulli, ut Reiffenstuel *De iud. n. 197*, et inter recentiores cl. De Angelis *eod. t. n. 23*, et cl. Santi *n. 14, eod. t.*, requirunt etiam titulum *coloratum* seu titulum vere positum ad iurisdictionem conferendam, quamvis *nullum* ex aliquo occulto vitio, vel etiam titulum ab initio validum qui postea defecit aut revocatione aut aliqua alia de causa. Re quidem vera iudex potest esse *putativus*, vel quia collatio iurisdictionis fuit nulla, ut accidit in episcopo simoniace electo, vel quia collata fuit iurisdictio ad tempus, quo praeterlapso cessavit, aut revocata fuit. Alii autem, ut Fagnanus, citatus a Bened. XIV *in Inst. Eccl. 84, n. 20* et Schmalzgrueber *De iud. n. 21* et cl. D'Annibale *I n. 79*, opinantur sufficere *errorem communem;* et haec opinio magis placet. Nam ratio decidendi repetitur a bono communi quod aliquando, absque culpa errantium, pene irreparabilem pateretur iacturam, si ob *communem errorem* non sanarentur gesta a iudice *putativo.*

Necessitas vero tituli colorati in contraria sententia praecipue repetitur, quia huius sententiae patronis persuasum est, errorem probabilem non posse admitti in populo, nisi extante *titulo colorato.* Atqui forsan verum est, hunc errorem in po-

pulo communem solere gigni ex aliquo colore tituli, sed ex hac *facti* ratione non fluit generale *iuris* principium; nempe semper requiri *titulum coloratum, neque sufficere errorem communem* (1).

353. Hactenus vidimus de competentia determinata tum *ratione obiecti* tum *ratione territorii.* De competentia determinata *ratione gradus*, data opera, nobis agendum non est; siquidem *Hierarchia iurisdictionis explicatur* in Tractatu « *De Personis* ». Nos quae ad rem nostram pertinent, exponemus in titulo *De appellationibus*, explicantes diversos gradus instantiarum iudicialium.

(1) Hac animadversione videntur dissolvi difficultates, moveri solitae ex responsionibus S. C. Concil. - Nam istae casum particularem attingentes, actus declarant aliquando sanatos fuisse ratione habita *tituli colorati*, qui errorem communem probabilem et fere necessarium reddiderit. Sed ex iisdem evinci non potest necessitas *tituli colorati*. Imo contrarium videtur probari ex resp. S. C. C. relata a Bened. XIV *l. c. n. 22.* Quum PP. Capuccini in Dioecesi Patavina sine loci Ordinarii *approbatione* fidelium confessiones excepissent, quaesitum fuit: « *Primo, an licite; secundo, an valide dicti Capuccini saecularium confessiones exceperint* »; et sub *die 11 Decemb. 1683* responsum fuit: « *Ad primum, illicite. Ad secundum, invalide; sed non esse inquietandos illos qui bona fide confessi sunt. Attamen, si ipsi confessi hoc resciverint, vel de invaliditate confessionis dubitaverint, eosdem teneri reiterare confessionem* ». Nam quamvis specie tenus haec responsio nostrae conclusioni videatur contraria, tamen reapse favet; quia ne responsum scateat absurdis, ita intelligendum est, ut Capuccini *invalide* absolverint vi *iuris communis*, de quo *quaerebatur;* sed indirecte seu ob suppletam iurisdictionem sustineri absolutionem, adeo ut poenitentes non sint *inquietandi;* quamvis, ob dubium *erroris communis*, in certis casibus adigantur ad actum repetendam. Quare pro praxi teneatur non esse inquietandos eos qui, vigente communi errore, usi sunt bona fide ministerio iudicis vel confessarii destituti etiam *titulo colorato*, nec reiteranda esse acta, nisi expresse decernatur: patet ex resp. C. Conc. citata a Bened. XIV l. c.

TITULUS V.

DE GENERALIORIBUS REGULIS IN PROCESSUS IUDICIALIS ORDINATIONE SERVANDIS.

Huc referat. tit. 7, 8, 9, 10, 30, lib. II, X; et tit. 4, II, in 6.

Summarium. — 354. De notione processus iudicialis. — 355. Recensentur supremae divisiones ad quae reducuntur huiusmodi generaliores regulae.

354. Hactenus explicavimus ea quae pertinent tum ad personas in iudicio partem habentes; tum ad obiectum iudicii. Superest ut tradamus supremas regulas servandas in processu iudiciali ordinando, in ordinanda nimirum agitatione controversiae circa *rem litigiosam* inter *actorem* et *reum*, implorantes *iudicis* sententiam definitivam.

Huiusmodi regulae generales nec non peculiares, ab iis dependentes quoad singulos actus, *processum* constituunt *canonicum* ad cuius formam exiguntur iudicia ecclesiastica. Iure rom. vox *processus* in hoc propositum non adhibebatur, sed nomine *iudicii* comprehendebantur omnes iudicialis controversiae partes; cf. *l. 6, ff., De feriis.*

In Decretalibus coepit distingui *processus a iudicio;* arg. *c. c. 5, De feriis, X* (II, 9); *22, De rescript., X* (I, 3), et Clemens V in celeb. *c. 2, De verb. signif.* inter Clem. (V, 2) haec habet: « Si tamen in praemissis casibus solemnis *ordo iudiciarius* in toto vel in parte, non contradicentibus partibus, observetur, non erit *processus* propter hoc irritus nec etiam irritandus ». Quare processus hac ratione distinctus a iudicio comprehendit actus, quibus personae legitimae in iudicio agitant et absolvunt litem iuxta regulas iudiciales. Unde processus can. (seu *procedura*) *obiective* potest definiri: « *Complexus legum*

quibus determinatur modus cognoscendi et definiendi causas apud iudices ecclesiasticos ». Idem processus si consideretur *subiective,* quatenus constituit *ius processuale* definiri potest: « *Complexus actuum quibus actor, reus et iudex legitime et respective in tribunali eccles. incumbunt in causarum agitationem et definitionem* ». Quocirca *iudicium* latius patet et ad *processum* se habet, uti totum ad partem.

355. Revera diversae iudicii partes ita inter se ordinandae erant, ut causae agitatio expedite procederet ad congruentem definitionem. Proinde determinari cum primis debebat quonam ordine diversae controversiae, in causam principalem forte incidentes definiendae essent, et hoc edicitur in *tit. 10, lib. II, X, De ordine cognitionum.*

Dein de *tempore* et *loco* actuum processualium, edendae erant praescriptiones, quae quoad *tempus* praecipuae datae sunt in *tit. 9, De feriis, X, II;* quoad *locum,* passim in aliis titulis, determinantur, data occasione.

Partes vero quae per se aut per procuratores aut advocatos actibus processualibus incumbere diligenter debent, certo indigent lapsu temporis ad actus considerate ponendos, quare *dilationum* usus sedulo constituitur in *tit. 8, X, De dilationibus, II.*

Verum omnes fere processuales regulae in irritum cadunt et potius implicant quam iudicium expediant, si *dolo malo* iisdem abutantur contendentes; quapropter in foro ecclesiastico consultissime invaluit usus exigendi a partibus iuramentum, quo protestarentur se vel iudicium ingredi vel certum ponere actum *sincere* ex bona fide seu ex persuasione sui boni iuris, prouti cavetur in *tit. 7, De iuramento calumniae, X (II, 7).*

Praeterea quia aliquando praestat, per *confirmationem superioris,* maiorem conciliare auctoritatem actibus processualibus, vel ab eisdem omnem repellere nullitatis suspicionem, vel eorumdem sanare aut corrigere defectus, hinc agemus de remedio

comparato in *tit. ult., lib. II, X,* scilicet *De confirmatione utili vel inutili.*

Demum quoad acta iudicium constituentia, explicanda est differentia magni ponderis, quae intercedit inter *acta causae* et *acta iudicii seu processus*. Nam cum instantia iudicialis vel perimatur, vel prima absoluta, secunda instauranda sit, maxime interest distinguere quaenam acta in iudicio posita adhuc valeant, perempta vel absoluta instantia, et quaenam evanescant ob peremptam vel absolutam instantiam.

CAPUT I.

DE ORDINE COGNITIONUM.

Huc referat. tit. 10, X, lib. II.

Summarium. — 356. Plures in idem iudicium *incidere* possunt quaestiones, quae *certo ordine* cognoscendae sunt. — 357. Explicantur regulae quae dictant ordinem servandum. — 358. Si causa incidens sit alterius fori, iudex supersedere debet definitioni negotii principalioris. — 359. Sententiae in causis incidentibus dicuntur *interlocutoriae.*

356. In idem iudicium, antequam deveniatur ad sententiam definitivam, plures incidere possunt quaestiones quae inter se diverso ordine connectantur. Huiusmodi questiones in genere dicuntur *incidentes;* et harum aliae sunt *praeiudiciales,* aliae *reconventionales,* aliae intentionem habent *exceptionis peremptoriae* aut *dilatoriae;* aliae demum sunt simpliciter *incidentes,* quae nempe connectuntur cum cognitione causae principalioris cuius occasione ortae sunt.

357. Iamvero quoad ordinem in cognitione harum causarum servandum, hae regulae teneantur:

1) *Quaestiones in idem iudicium incidentes eo ordine cognosci debent, ut, servato earumdem nexu logico, ea antea cognoscatur, cuius conclusio inservit ad aliam definiendam;* arg. *c. c. 19, De iud.*, *X* (II, 1) et *12, De sent. excom. in 6* (V, 11).

2) *Si vero quaestiones incidentes nexu logico inter se non connectantur, tunc servetur ordo cronologicus seu ordo praesentationis; quia « qui prius appellat prior agat; quae prius esset proposita, prius foret tractanda »*; ex *cap. 2 h. t. X.*

3) *Si ordo in causarum cognitione praeposterus servetur; partes quarum interest, excipiant contra ordinem cognitionum, ut iudicem urgeant ad sequendas regulas iuris; interposita etiam appellatione, si casus ferat;* arg. *cit. cap. 19, De iud., X.*

Ratio harum regularum in aperto est. Nam omnia quae in iudicio peraguntur, ordinantur ad sententiam *definitivam*. Quamobrem causae incidentes adeo cognoscuntur, seu definiuntur, quia earum cognitio inservit negotio principaliori. Hinc earum cognitio praemittenda est sententiae definitivae; inter incidentes vero ea, respective, antea est cognoscenda, cuius definitio alii definitioni viam sternit. Ita in causa hereditatis quaestio *praeiudicialis*, an aliquis personam gerat heredis, aliis praevia est. Quaestio incidens, an aliqua res pertineat hereditati, definienda est ante sententiam definitivam, qua res hereditariae, ab aliis non hereditariis discretae, heredi adiudicandae sunt.

De modo cognoscendi *exceptiones peremptorias* decernit *cap. 1 h. t.* quo agitur de uxore repetente virum, qui adversus eamdem excipiebat *exceptione peremptoria* impedimenti consanguinitatis ad docendum nullum esse matrimonium. Pontifex Clem. III decernit: « *Cum exceptione probata quaestio principalis perimatur, ante est cognoscendum de ipsa quam ad definitionis articulum procedatur, quo facto virum ab impetitione mulieris (prout exposuit) absolvas* ».

358. Aliquando iudicis incompetentia obstat quominus iudex ipse cognoscat *incidentem* quaestionem, *quare* definitio incidentis causae remittenda est ad proprium iudicem, prouti iubent *c. c. 3 h. t. X* et *5*, *Qui filii sint legitimi*, *X* (IV, 17).

359. Sententiae causas incidentes definientes appellantur sententiae *interlocutoriae* seu *interlocutiones*, ut distinguantur a *definitivis*. Item iure rom. huiusmodi distinctio recognoscebatur, uti docet rubrica tituli: « *De sententiis et interlocutionibus omnium iudicum* » in Cod. — Iure can. hoc innuunt *c. c. 60*, *De appellat.*, *X* (II, 28); *10*, *12*, *De appell.*, *in 6* (II, 15). — Ius Trid., *sess. 24*, *cap. 20*, dat ius appellandi a sententiis interlocutoriis, quae vim habeant definitivae, seu quae adeo influunt in definitivam, ut hanc praecontinere censeantur; huic legi se refert regula 3 antea proposita.

CAPUT II.

DE TEMPORE ET LOCO AD ACTA IUDICIALIA STATUTIS.

Summarium. — 360. Servandae sunt feriae iudiciales. — 361. In diebus feriatis sunt prohibiti actus contentiosi, non ceteri actus strepitum forensem haud secumferentes. — 362. Quia adsunt feriae pro quibusdam curiis peculiares, hae servandae sunt, quamvis litigantes pertineant ad aliam dioecesim. — 363. Quomodo computentur dies. — 364. Qua parte diei actus iudiciales ponendi sunt. — 365. Disseritur de loco *legali* ad iudicia agitanda.

360. Pro iudiciis agitandis etiam certi dies designantur et certa diei pars tribuitur. Nam adest praeceptum ut in diebus festis seu feriatis quiescat strepitus forensis; ex *cap. ult.*, *De feriis*, *X* (II, 9). — Hoc praeceptum tenet arbitros iuris, imo arbitros quoque compromissarios, qui procedere debent servato iuris ordine, nisi partes statuant hos procedere debere posthabita cognitione iudiciali, more arbitratorum: cf. Schmalz. *De feriis*, *n. 25*. — Feriae iudiciales vero aliae *sacrae* sunt, aliae *prophanae* pro diverso scopo, ad quem ordinantur et diversa auctoritate a qua promanant. Tum *sacrae* tum *prophanae* aliae sunt *ordinariae*, aliae *extraordinariae*. *Ordinariae* sunt quae certis temporibus quotannis recurrunt; *extraordinariae* indicuntur ob extraordinarium eventum, unde *repentinae* etiam appellantur. *Prophanae* sive ordinariae sive extraordinariae aliquando in bonum privatorum constituuntur, quales erant antiquitus feriae *vindemiarum* et *messium* (1), institutae in favorem agricolarum, quae proinde poterant non servari de con-

(1) Hodie istarum loco feriarum successerunt feriae, quae ipsis iudicibus concedi solent ad relaxandum animum tempore autumnali, quando tempus est magis idoneum ad recreandum animum et negotia litigiosa non incommode quiescunt. Tempus harum vacationum determinatur lege peculiari curiae.

sensu partium, in quarum emolumentum introductae erant. Contra in aliis diebus feriatis procedi iudicialiter prohibetur sub poena nullitatis, quamvis partibus consentientibus procedatur; arg. *cap. ult. cit.*

361. Quoad nonnullos actus processuales dubium est apud DD. an ita rigorose prohibiti sint. Principium generale teneatur, nempe prohiberi strepitum forensem seu contentionem iudicialem. Hinc non prohibentur actus iurisdictionis voluntariae et alii actus iudiciales, qui ab una tantum parte ponuntur absque agitatione contentionis iudicialis. Quocirca tute in praxi sequi possumus sententiam Fagnani in *h. t. n. 56* et Reiffenstuel, *h. t. n. 51*, existimantium *citationem in civilibus* (seu quando non secumfert *executionem realem* per manuum iniectionem) posse expediri a iudice *die feriato*, eodemque die a cursore executioni demandari, seu deferri ad conventum.

Tamen quis citari non debet ut compareat in die feriato, in quo iudicia inchoari possunt. Quid iuris de valore huius citationis? Iure rom. ex *l. l. 2, ff. h. t.* et *11, Cod. h. t.* huiusmodi citationes nullae erant, sed ex aequitate iuris can. potius distinguitur; et cum Schmalzgrueber *h. t. n. 38* tenemus nullam esse citationem, ipso facto, si citatio exprimat diem festum et hunc determinet ad comparendum, scilicet iubeat, ex. gr., die dominica reum comparere; tunc enim *quae contra ius fiunt debent pro infectis haberi*, ex *Reg. 64, Iur. in 6.* Si vero dies festus non aperte exprimatur sed tantummodo terminus comparitionis ponatur desinens in diem festum, quia solet subintelligi « *nisi legitimum obstet impedimentum* », citatio videtur valere, et citatus ad comparendum vocatur die proximo non feriato. — In tali dubio iudex iuxta praxim tribunalis et alia adminicula decernet ad instantiam partis, utrum citatio valeat vel non (1).

(1) In *cap. ult. h. t. X* fit catalogus feriarum iudicialium et inter alias haec innuuntur: « ... debet tamen iudicialis strepitus diebus conquiescere feriatis... scilicet... 7 *diebus Dom. pass.*, *Resurrectionis cum*

362. Sed non solum attendendae sunt feriae ex ipso communi iure inductae, sed etiam speciales cuiuscumque curiae. Nam de iure particulari dioecesano induci possunt feriae *iudiciales* non secus ac aliae feriae. At si actor, reus et iudex, habentes diversa domicilia, habitant in diversis dioecesibus, ubi de consuetudine vel de constitutione dioecesana diversae statutae sunt feriae iudiciales; quaeritur an observandae sint feriae iudicis, aut potius actoris vel rei? In genere habeatur hoc principium, nempe servari ferias illius curiae, in qua actus iudicialis poni debet; quare non attenditur directe partium domicilium, sed curia apud quam proceditur iudicialiter; cf. Schmalzgrueber, *h. t. n. 40*, Zallinger *h. t. n. 130*. Tamen ab huiusmodi praecepto iuxta communis iuris principia excusat *necessitas* et *pietas*, prouti decernit Greg. IX in *c. ult. h. t.*, nempe: « ... *quibus solemnibus feriis (nisi necessitas urgeat aut pietas suadeat), usque adeo convenit ab huiusmodi abstinere, ut consentientibus etiam partibus nec processus habitus teneat nec sententia quam contingit diebus huiusmodi promulgari. Licet diebus feriatis, qui gratia vindemiarum vel messium ob necessitates hominum indulgentur, procedi valeat si de partium processerit voluntate* ».

363. Demum ad distinguendos dies feriatos a non feriatis, attendatur diei computatio foro ecclesiastico acceptata, iuxta quam dies incipiens a media nocte ad mediam noctem immediate subsequentem pertingit et finitur; *can. 11, dist. 3, De consec.*, et *cap. 24, De off. deleg.*, *X* (1, 29).

364. Praeterea non in qualibet diei ita distincti parte procedi potest, sed tantum diurno tempore agi iudicialiter potest, non tempore noctis; quippe tenebrae sunt iniustitiae symbolum

7 sequentibus etc. » Urbanus VIII in Const. *Universa*, § 3, vacationes a iudiciis exercendis ex *cit. cap.* constitutas non immutavit. Cf. Fagnanus in hoc *cap. nn. 25, 26*. Tamen hodie standum consuetudini locorum. Cf. Cod. Greg. cit. §§ 1059, 1060. Editto Card. Gambarini § 318.

et facilis occasio fraudibus; ita disponit *cap. 24, De officio deleg., X;* scilicet: « Ne vero iudicium ecclesiasticum exerceatur in tenebris, quia iuxta testimonium veritatis, qui male agit odit lucem ». Quare iudex non potest partes cogere ad ponendos actus processuales horis nocturnis, nec a partibus petitos aut admissos ratos habere debet « nisi necessitas exigat », ut loquitur *cit. cap.* Haec praescriptio inducta est in omnes codices hodiernos (1).

365. Hactenus de *tempore;* modo quid *de loco* dicendum est. Ratione loci quo sententia ferri debet et ipsum iudicium instrui, profecta est illa distinctio inter actus processuales a iudice positos aut exceptos pro tribunali *sedenti;* aut *de plano* (2). Significat enim aliquando requiri pro solemnitate processus, certum sedendi modum in certo loco, utputa pro sententia pronuncianda; aliquando vero sufficere locum observare legalem, in quo iudex suam iurisdictionem exercere debet, quin ulla alia servetur solemnitas, veluti sedendi in suggestu vel standi. — In genere iudex ordinarius in toto territorio sibi subiecto pro *tribunali* et de *plano* procedere potest; « nam dubium non existit, quin in quolibet loco ipsius dioecesis non exempto per se vel per alium possit pro tribunali sedere »; ita *cap. 7, De off. ord., in 6* (I, 16); cf. *c. c. 8, De testibus, X* (II, 20) et *2, De iud. in 6* (II, 1).

(1) In cit. cod. Greg. art. 417 decernitur: « Citationes, sententiarum denunciationes, aut alii actus iudiciales fieri non poterunt ante ortum vel post solis occasum. — Huiusmodi actus sunt nulli, si in diebus feriatis fiant absque venia eccles. auctoritatis ».

(2) Antiquis temporibus Romae iudicia exercebantur in comitiis seu foro, ubi erectum erat tribunal (suggestum) cum sella curuli magistratus. Ex huiusmodi suggesto ius dicebat praetor interponens auctoritatem iudicialem; quando vero procedebat absque cognitione vere iudiciali non sedebat in *suggesto sed ante tribunal seu in plano.* Cf. Walter, *Hist. iur. rom.* § *701 seq.*

Quare actus contentiosos iudex ordinarius extra suum territorium valide interponere non potest; potest vero voluntariam iurisdictionem exercere. — Pro exercitio contentiosae iurisd. fit in Clem. unic. *De foro comp.* (II, 2) exceptio quoad Episcopos si expulsos a sua Dioecesi. — Iudices vero delegati exercent sibi mandatam iurisdictionem in loco quo ordinario morantur, nisi aliud caveatur in rescripto, vel in alio loco a domicilio parum dissito, ubi commodius iudicium absolvi potest. Edicit enim Bonifatius VIII in *cap. 11, De rescript. in 6* (I, 3) quod Legati huiusmodi non « *de cetero committantur nec audiantur alibi, quam in civitatibus vel locis insignibus ubi possit commode copia peritorum haberi* ».

CAPUT III.

DE DILATIONIBUS.

Huc referat. tit. 8, lib. II, X.

Summarium. — 366. Dilatio tendit ad assignandum terminum *in quo* actus poni debeat, vel lapsum temporis *intra quod* poni debeat. — 367. Quotuplicis generis sint dilationes, quarum aliae *a lege*, aliae a iudice seu *ab homine*, aliae a partium *conventione* directe promanant. — 368. Dilationes *iudiciales* quoad *temporis* assignationem sunt *arbitrariae*. — 369. Dilationes *legales* fere semper continent *peremptorium* terminum a lege praefixum, quem iudex variare non valet. — 370. In iudicialibus dilationibus concedendis ambo litigantes audiendi sunt. — 371. Effectus dilationum. — 372. Quomodo tempus computandum sit in dilatione assignatum.

366. Actus processuales ordinati ad veritatem *facti* et *iuris* detegendam, ponendi sunt maxima consilii maturitate. Hinc quamvis reipublicae intersit iudicia quam citius expediri, nihilominus iure positivo constitutae sunt *dilationes*, quas definimus: « *iustum temporis intervallum, ad aliquem actum iudicialem commodius expediendum, actori vel reo vel iudici concessum* ». Effectus dilationis est aliquando assignare *terminum*, in quo actus poni debet. Veluti si actus ponendus est in *certa die* vel *hora* in dilatione assignatis; et tunc *terminus* distinguitur a *dilatione;* ut ecce, si delegans dicat delegato ut cognoscat de causa sibi mandata die prima martii, utputa trigesima die a delegatione. Aliquando *terminus* confunditur cum ipsa *dilatione*, quando decernitur ex. g. quod actus poni debeat intra triginta dies in dilatione assignatos. — Haec noto quoad distinctionem vel identitatem *termini* et *dilationis*, quia apud DD. et in codicibus passim nominantur tum *termini* tum *dilationes*.

367. Dilationes sunt vel *legales*, vel *iudiciales*, vel *conventionales*.

A lege vel a consuetudine forensi conceditur aliquoties di-

Sac. Lega. 26

latio seu temporis intervallum, quo procedi debeat ad certum actum, et tunc dilationes dicuntur *legales;* sic conceduntur per leges *decem dies* ad appellandum a sententia lata, ne transeat in rem iudicatam, ex *cap. 15, De sent. et re iud., X* (II, 27). Aliae sunt *iudiciales*, quas nempe iudex vel partibus in iudicio constituit vel sibi ipse concedit ad rite expediendos actus processuales. Quare solent dividi iuxta diversas praecipuas partes, quibus constat integer processus.

Hinc dilationes aliae sunt *citatoriae* et *deliberatoriae*, quae dantur reo convento, ut deliberet quomodo respondendum sit intentioni actoris in citatione significatae. Nunc enim in ipso libello citationis assignatur reo congruum tempus ad deliberandum, an expediat litem inchoare.

Aliae *probatoriae*, quae litigantibus conceduntur ad comparandas et exponendas probationes.

Definitorias dilationes iudex sibi assumere solet ad intimius examinanda *acta* et *probata.* — Demum *executoriae* partibus conceduntur post sententiam latam ad eamdem exequendam, vel impugnandam.

Conventionales dilationes statuuntur, quum partes mutuo consensu vel conveniunt ad determinandum tempus intra quod actus processualis poni debeat, vel tempus iam a iudice concessum prorogant. Verum partium consensui accedat oportet tacita vel expressa iudicis approbatio, sine qua partium deliberatio vim non obtinet iuridicam; arg. *cap. 4, De appell. in Clem.* (II, 12).

368. Communiter DD. testantur in foro ecclesiastico dilationes *iudiciales*, quoad temporis limitationes, esse *arbitrarias*, quas nimirum iudex pro bono et aequo, omnibus perpensis, ad certum tempus limitare debet. Et hoc iudicis arbitrium protenditur tum ad prorogandas dilationes seu ad eas nondum elapsas extendendas, tum ad has pro secunda, tertia vice et etiam ulterius concedendas; sed etiam ad revocandam concessam dilationem, cessante eiusdem ratione; arg. *cap. 24, De off. iud.*

del., *X* (I, 29); cf. Schmalzgr., *h. t. n. 3-6; Inst. S. C. EE. et RR. 11 Iun. 1880, art. 28, 33, 40, 41* (1).

Iudex eccl. apprime prae oculis habeat Trid. Conc. decretum in *sess. 25, cap. 10.*, quod monet: « *tam ordinarios quam alios quoscumque iudices ut terminandis causis, quanta fieri potuerit brevitate, studeant; ac litigatorum artibus seu in litis contestatione seu alia parte iudicii differenda, modis omnibus aut termini praefixione aut competenti alia ratione occurrant* ».

369. Iudex vero, arbitrio suo, concedit, prorogat et etiam coarctat terminos dilationum tantum *iudicialium* et *conventionalium*, exclusis *legalibus*, quarum terminus ab ipsa lege peremptorius statutus fuit; ita decendium ad appellandum a iure concessum a iudice prorogari vel coarctari non potest. Quinam sint isti casus dilationum *legalium* suo loco dicetur. Verum non omnes dilationes a lege concessae sunt ita peremptoriae in suis terminis, ut a iudice prorogari non possint, uti cavet *cap. 4 in Clem. De appellat.* (II, 12). Imo nisi in lege exprimatur, dilationem a iure concessam esse *taxative peremptoriam*, hoc non praesumitur; sed potius admittitur, esse prorogabilem a iudice gravi de causa.

370. Sed in concedendis dilationibus iudicialibus iudici cavendum est, ne fraudibus alterius collitigantis indulgeat, quapropter huiusmodi dilationes concedi non debent ordinarie, inscia altera parte. Inquam *ordinarie*, nam si est manifesta et notoria ratio dilationis, alia pars non potest esse irrationabiliter invita; et hinc eius consensus praesumitur, quin expresse expostuletur. Tamen si casus postulet, pars impugnare potest dilationis concessionem. Tunc emergit *incidens quaestio* a iudice dirimenda, perpenso tum iure petentis, tum iure impetentis dilationem, ita ut consulat iudicio celeriter et cum sufficienti causae cognitione definiendo. Cf. Schmalzgrueber, *h. t. n. 12.*

(1) In cit. cod. Greg. cf. §§ 479, 514, 522, 524, 897, 901.

371. Effectus dilationum sunt:

1) Pendente dilatione, conquiescit iudicis officium super illo articulo de quo concessa fuit dilatio; et donec concessa tempora defluxerint, iudex si procederet, *ipso iure*, nihil ageret.

2) Hinc dilatio uni concessa prodest etiam alteri parti; nam quisque processus intercipitur quoad illum articulum quaestionis. Tamen suspensio, uti par est, afficit tantum partem processus se referentem ad quaestionem dilationi subiectam.

3) Praeterlapso vero tempore dilationis, quin alia monitio a iudice fiat, pars amplius non admittitur ad ponendum actum, qui in termino dilationis poni debuit, nisi se legitimo excuset impedimento; ex *l. l. 1 et ult. ff., De feriis.*

4) Nihilominus iudex, qui ad recipiendos testes, depositiones eorum publicandas, alias probationes proferendas partes in certum diem citavit, potest etiam expectare in diem subsequentem ad probationes huiusmodi admittendas, si hoc aequitas suadeat; arg. *cap. 24, De off. iud. del., X* (I, 29).

372. Sed ut recte aestimetur terminus dilationum, necesse est definire quomodo decurrat tempus earumdem. Tempus aliud dicitur *utile*, aliud *continuum*. *Utile* illud dicitur quod intelligitur currere solummodo iis diebus, quibus adest copia agendi; unde huiusmodi tempus non currit diebus feriatis, nec diebus absentiae, neque diebus, quibus ab agendo quis legitime impeditur, unde axioma: « *tempus utile legitime impedito non currit* ». Ea contra tempus *continuum* semper currit etiam *legitime impedito.*

1) Tempus dilationibus comprehensum est partim *continuum*, partim *utile* seu *mixtum*. Nam est *continuum* eo sensu, ut in ipso computentur etiam *dies feriati;* sed non est ita continuum, ut currat etiam legitime impedito. Quapropter si inciderint *feriae repentinae* et alia impedimenta, suppetit ratio prorogandi dilationem vel aliam concedendi.

2) Secundo inquiritur an in dilatione computari etiam de-

beat dies a quo dilatio incipit. — In genere, dilatio concessa absenti, vel eamdem legitime ignoranti, non currit nisi a die legitimae denunciationis; Pirhing *h. t. n. 19,* cum communi. Sed dies denunciationis computatur? Proinde resolvamus quaestionem generalem, quando dilatio decurrere incipiat. — Hac de re, regula est - *dies termini* (a quo) *non computatur in termino* (ad quem), - quia in iure positivo haec est ordinaria computatio temporis, ut quando agatur de aliqua obligatione adimplenda, tempus *civiliter* computetur, nempe a media nocte diei insequentis. Dixi *civiliter;* nam naturaliter tempus decurrit et computatur *de momento ad momentum.* At haec computatio non tenetur, nisi pro aliqua obligatione eam ius positivum imponat, ut factum est pro dilationibus *legalibus*, utputa pro decendio ad appellandum constituto, quod decurrit a momento recitatae sententiae, non a die insequente; cf. Barbosa, *Axiomata 71, 5*, et Reiffenstuel, *De appell., 110 seq.* At etiam in dilationibus *legalibus,* etsi tempus *naturaliter* computatur, aequitas canonica induxit ut dilatio censeatur expirare tantum in postremo momento ultimi diei, in quo actus poni valet.

Quaeritur si postrema dilationis dies est feriata, quando actus poni debeat. — Iamvero, distinctio adhibenda est. Nam in dilationibus *legalibus* aut etiam *iudicialibus*, in quibus tempus absolute continuum conceditur, si postrema dies est feriata, actus poni debet die antecedenti; quia tempus continuum currit impedito. Secus vero, si tempus dilationis sit utile, quod impedito non currit. — Quare praecipue inspicienda est intentio concedentis dilationem seu tenor decreti dilationem concedentis. Cf. Schmalzgrueber, *De dilat., n. 25 seq.* (1).

(1) Cf. Decret. Con. Trid. *sess. 13 c. 3 De ref.* et decis. S. C. EE. et RR. *20 Aug. 1681* - in *Anal. Iur. Pont. P. XIII, 51, 116.*

Caput IV.

DE IURAMENTO CALUMNIAE SEU DE VERITATE DICENDA.

Huc referat. tit. 7 L. II. X.

Summarium. — 373. Iurare *de calumnia* est protestari *bonam fidem* se habere. — 374. Magis determinatum fuit hoc iuramentum per aliud iuramentum tum *de veritate dicenda* tum *de malitia*. — 375. Regulae quibus edicitur modus praestandi haec iuramenta. — 376. Quaenam personae haec iuramenta praestare debeant. — 377. In quibus causis haec praestentur. — 378. Quid obtineat ex praxi hodierna.

373. Ut iudicia optime suo fini responderent, introductum fuit iuramentum *calumniae* eo consilio ut partes initio litis protestentur, in iudicio instaurando et in eo prosequendo, se absque fraude processuras esse: ita Iustinianus in *l. 2, Cod. De iureiurando propter calumn.* Hoc iuramentum est *credulitatis*, quo quis iurat se credere bonam causam habere, atque extenditur ad universum processum. Quia admodum haec dispositio iuris canonici intentioni congruebat, libenter foro eccl. excepta fuit, imo ampliata. Revera additum fuit iuramentum *malitiae* et iuramentum *veritatis dicendae*, ex *c. c. 1 et 2 in 6* (II, 4).

374. Iuramentum calumniae *iure can.* fuit veluti magis determinatum per iuramentum *de veritate* dicenda, quo partes expresse fatentur se non allaturas probationes et nihil asserturas esse, nisi omnia veritate nitantur. Bonif. VIII haec de ratione unum ab altero distinguit *cap. 1 h. t. in 6* et utrumque distinctim proferri iubet. — Utrumque vero iuramentum sive *calumniae* sive *veritatis* fuit magis determinatum per iuramentum, ita dictum, *malitiae*, quia dum iuramentum calumniae seu de veritate, sub diversa ratione, se refert *generaliter* ad universum processum, iuramentum malitiae est *particulare*, introductum pro casu, quo iudex dubitans actorem vel reum aliquid ex fraude agere vel omittere, eidem deferens iuramen-

tum malitiae, illum provocat ad vocandum Deum testem suae bonae fidei, quod si profiteri recuset iam pro confesso habebitur, et a iudicio congrue, ob dolosum propositum, prohibebitur; *c. 2 h. t. in 6*, § *2*.

375. Hinc:

1) Iuramentum de *calumnia* vel de *veritate dicenda* semel tantum emitti debet; iuramentum *malitiae* exigi a iudice potest quoties ipse viderit expedire.

2) Sedes propria iuramenti calumniae et veritatis est initium litis et proprie post litem contestatam; tamen, ut praecipit Bonifacius VIII in *c. c. h. t. in 6*, poterit praestari, si in initio omissum sit, in qualibet parte iudicii, et tunc se refert tum ad ea quae acta sunt tum ad agenda.

3) Quia iuramentum hoc magis in publicum quam in privatum bonum ordinatum fuit ad impediendas dolosas lites, iudex ex officio partibus illud imponere potest.

4) Tamen potest omitti, quin processus nullus nec annullandus sit, ut loquitur Pontifex in *cap. 1 cit.* § *2*, dummodo *tacite* hoc fiat, non *expressa* conventione. Nam conventio *expressa* videretur licentiam dare partibus calumniandi, et exinde iam animus litigantium est suspectus; *tacita* vero omissio, salvo semper iudicis et partium iure illud exigendi, nec directe procedit contra ius commune, nec suspicionis labe inficitur.

5) Denique iuramentum tum *calumniae* tum *veritatis*, tum *malitiae* conveniunt in hoc quod sunt introducta ad lites rite ordinandas et dirimendas; quare sunt media *processualia* non attingentia *meritum* causae. Unde differunt a iuramento, quod est species probationis, emissum nempe in fidem alicuius facti in iudicio controversi. Quocirca huiusmodi iuramentum ingreditur directe ipsum causae meritum, non ritum processualem. De hoc agitur in tit. *De iureiurando, X* (II, 24); quem exponemus agentes de hac specie probationis.

376. Cum huiusmodi iuramenta inserviant iudiciorum ordinationi, sequitur omnes personas, ius habentes, sive suo sive alieno nomine, standi in iudicio, tum ea exigere posse, tum ea si exigantur, emittere debere, ita ut *cap.* 7, § *1 h. t. X* statuat: « Poena vere recusantis hoc iuramentum (seu *calumniae*, *veritatis*, *malitiae*) (1), cum praestandum fuerit, est ut actor ab instituta cadat actione, reus vero haberi debeat pro confesso ». Haec dispositio est consequentia necessaria intentionis legis iuramentum imponentis (2).

Advertatur iuramentum praestare debere non tantum principales personas, sed etiam eorum procuratores, qui sub duplici aspectu hoc emittere valent; seu in *animam suam*, arg. *cap. 3 h. t. X*, profitentes se sine fraude officium suum adimpleturos; tum *in animam constituentis*, cuius mandato illud proferunt. Et reapse procurator ad utrumque iuramentum emittendum cogi potest.

Procurator vero ut *in animam* iuret *constituentis*, indi-

(1) Ex *cap. 1 h. t. X* patet antiquitus Episcopos et clericos omnes non obligatos fuisse hoc iuramentum praestare, posse vero aliis committere praestandum; per se ipsos vero clericos non posse, inconsulto Episcopo praestare, Episcopos vero inconsulto Romano Pontifice. Hoc constitutum erat partim in dignitatem ordinis clericalis, partim ad arcendum a clericis periculum periurii, cuius etiam sola suspicio magnum in populo peperisset scandalum. Verum Lucius III in *cap. 5 h. t. X*, « *quia*, ait, *novis morbis nova convenit antidota praeparari* », abrogavit legem *c. 1, h. t. X*; et in *cap. ult. h. t. X* expresse hoc etiam statuitur de Episcopis, quos decernitur iurare non tactis sed propositis Evangeliis, nisi elegerint per procuratorem litigare, quod sane Episcopos magis decet.

(2) An recusatio iuramenti *malitiae* secumferat semper dictam poenam, non convenit apud DD., ut videre est in Schmalzgr. *h. t. n. 15*. Sed tenenda est sententia tribuens hanc poenam hoc iuramentum recusanti; quamvis ex adiunctis casus fieri possit, ut legitima subsit causa recusandi hoc iuramentum vel aliunde recusatio significet non malam fidem litigantis, sed aliquid aliud, quod accidere potest in negata praestatione cuiusque iuramenti.

get speciali mandato, et planum est; arg. *cap. 3 h. t. in 6* (II, 4).

Procuratores vero generales, cuiusmodi sunt syndici, tutores, administratores, rectores Ecclesiarum, iurant in negotiis quae iudicialiter gerunt, quin ad hoc speciali indigeant mandato seu consensu superioris; habent enim legitimam personam standi in iudicio; cf. *cap. 6 h. t. X.*

Praeterea etiam ad patronos et advocatos huiusmodi iuramenti lex extensa fuit (1).

377. In omnibus causis tum in prima tum in secunda instantia hoc servari debet, sive temporales sint, sive spirituales, sive ecclesiasticae, sive iudicio ordinario sive summario agitentur; arg. *c. 2 h. t. in 6.* — Antiquitus ex *cap. 2 h. t. X* eximebantur causae spirituales et ecclesiasticae ob eam rationem, qua clerici a lege iuramenti olim immunes erant. Hinc, abrogata quoad clericos exceptione, congruum erat ut tolleretur etiam quoad causas spirituales et ecclesiasticas, quod factum fuit per *cap. 2 h. t. in 6.* — Aliquid singulare est in causis criminalibus, de quibus súo loco. Cf. Schmalzgr. *h. t. n. 12.*

378. Haec vigebant iure Decretalium; iure hodierno autem iuramentum calumniae fere ubique a foro recessit, contraria consuetudine. Antiquiores canonistae, ut Schmalzgr. *h. t. n. 5;* Reiffenst., *h. t. n. 50;* Barbosa in *cap. Ceterum h. t. n. 5* et alii plures, tenent ex regula generali huiuscemodi consuetudinem non esse legitimam, et hinc unquam non praescribi, excepto casu, aiunt, quo aliquo in loco vel nulla iuramenti necessitas sit ob civium probitatem vel vehemens discrimen ob frequens periurii scandalum. — At contrarium asserit De Luca, *De iud. disc.*, *25,* advertens communem experientiam docuisse

(1) Verum hodie potius viget consuetudo, passim etiam in foro civili, ut advocati et procuratores in capessendo officio generale emittant iuramentum de munere fideliter implendo; et speciale in singulis causis non exigatur.

pene nullam ex hoc iuramento retrahi utilitatem, et hinc in foro eccl. iuramentum calumniae non amplius solere exquiri, quippe nimis generale et indeterminatum. — Ex adverso iuramentum *de veritate dicenda* aut *de malitia* pro actibus specialibus exposcitur a partibus; utputa iuramentum de veritate dicenda praestandum est a litigantibus, a testibus, antequam interrogationibus respondeant in iudicio promotis. Viget vero et iuvat tum iuramentum *veritatis* testibus delatum, quia est determinatum ad certos articulos, de quibus testari debent, tum iuramentum malitiae a iudice actori vel reo impositum super certo litis articulo (1).

Quare hodie huiusmodi iuramenti usus frequentatur, quatenus se refert ad actus singulares, non ad integrum processum.

(1) Ob particularem causae indolem, eiusque gravitatem merito servatur *iuramentum calumniae* in causis beatificationis et canonizationis, quod praestat causae Postulator.

CAPUT V.

DE CONFIRMATIONE UTILI VEL INUTILI.

Huc referat. tit. 30, lib. II, X.

Summarium. — 379. Agitur de actibus iudicialibus seu de rebus iudicio obnoxiis a S. Pontifice confirmatis et quaeritur an hac non obstante confirmatione, ista possint impugnari. — 380. Explicatur vis confirmationis. — 381. Quomodo cognoscatur an confirmatio data sit in *forma communi* aut in *forma specifica.* — 382. Aliquando etiam confirmationes in forma specifica non secus ac cetera rescripta Papae nullitate laborant. — 383. Hinc postulatur *aperitio oris.* — 384. Haec non conceditur nisi praemisso examine iudiciali.

379. Hac rubrica inscribitur *titulus 30, lib. II, X;* eiusque intentio est latissima, quippe confirmari valent acta tum iudicialia tum extraiudicialia, et vel praemissa cognitione iudiciali, vel hac omnino non adhibita, concedi potest actorum confirmatio. — Confirmatio aut infirmatio iudicialis, quae expostulatur a iudice superiore circa sententiam a iudice inferiore prolatam appellatur instantia *appellationis;* de hac non agimus modo, de qua suo loco disserendum erit. — Neque agimus de *confirmatione* quoad acta extraiudicialia; utputa de confirmatione quae concedi debet a competente superiore electioni praelatorum aut conciliis provincialibus. — Sed de *confirmatione* sermo est, quatenus singula acta iudicialia possunt a superiore iudice confirmari aut infirmari sua auctoritate; quocirca quaerendum est in quo consistat huiusmodi confirmatio et quid expostuletur ut suum sortiatur effectum; nempe ut sit *utilis,* non vero *inutilis.*

Necessitas huius inquisitionis perspici potest ex quaestione, quam agitat *caput 1 h. t.:* an nempe iudex possit videre de iure controverso, quod Papa *confirmavit* possessori seu reo, antequam introduceretur iudicium. — Et respondetur, Papae confirmationem non impedire subsequens iudicium, quotiescumque sua confirmatione Papa non intendit quaestionem dirimere aut

praevenire. — Quare explicandum est quonam pacto huiusmodi vis confirmationi insit aut desit (1).

380. Cum primis advertatur:

1) Confirmationem differre ab approbatione, quia approbare est fateri aliquem actum esse alicui legi vel regulae conformem; confirmare e contra est aliquem actum sua auctoritate magis firmum reddere.

2) Etiam privatus potest confirmare, puta contractum, sed nos agimus de confirmatione publica auctoritate facta.

3) Confirmatio supponit actum seu ius iam validum et firmum; et hinc ordinarie confirmatio est *utilis*, si actus aut ius in sua vi consistat; secus est *inutilis*.

4) Tamen aliquando superior certam rem ita confirmare intendit, ut si aliquis adsit intrinsecus defectus eamdem vitians, sanatus evadat sua auctoritate, qua actum confirmat; haec confirmatio dicitur in *forma specifica* et per hanc res assumitur in auctoritatem confirmantis, ita ut eius valor iuridicus a confirmante videatur repetendus. — Veluti Summus Pontifex confirmans privilegium, idem ita confirmare potest ut intendat istud concedere, si forte viribus carebat aut iam exciderat, vel ita confirmat ut subaudiat eius valorem. « *Nolentes* (ait Alexander III in *cap. 4 h. t. X*) quod ex innovatione huiusmodi *novum ius monasterio acquiratur*, sed antiquum *(si quod habet)* per innovationem privilegii conservetur ».

(1) Quando ad superius tribunal, veluti ad curiam romanam deferuntur acta processus, et vel omnia acta vel aliquod ex his nullitatis vitio laborare reperitur, solet decretum dari; *actum vel acta circumscribi* aut *circumduci*, seu nulla reddi aut declarari. Vide apud Pallottini op. cit. 2, I; *Acta quoad circumscriptionem*. Ita in *Posnanien. die 19 ian. 1754* proposito dubio: « An constet de facultate Revmi Episcopi Posnaniensis se intromittendi in cognitionem litis introductae contra Commendatorem a Cap. Cath. Posnaniensi et Parocho Sancti Ioannis, ita ut illius acta sint circumscribenda, in casu S. Congr. respondit: Ad primum: *Non esse locum circumscriptioni actorum* ». Exinde habetur actorum confirmatio, uti patet.

5) Proinde si Summus Pontifex confirmet *in forma specifica* actum sive iudicialem, puta sententiam, sive extraiudicialem, veluti concilium provinciale, dumtaxat a Summo Pontifice actus potest corrigi aut abrogari.

6) Alia vero confirmatio ordinaria, qua actus validus magis firmatur dicitur concessa in *forma communi* et actum relinquit in suo nativo valore.

381. Utrum confirmatio sit in forma *communi* an in forma *specifica*, desumitur ex contextu concessionis; nam superior, si vult confirmare ita actum ut eius corrigat quemcumque possibilem defectum, debet exprimere; et solent adhiberi certae formulae, utputa actum *confirmari* ex *certa scientia* vel *motu proprio*, et aliae huiusmodi. Quia confirmatio in forma communi est *ordinaria*, et *extraordinaria* in *forma specifica*, in dubio praesumitur potius concessa in *forma communi*.

382. Confirmatio, etsi *in forma specifica* concessa, potest esse *inutilis*, si defectus adsit quem superior aut non vult corrigere, prouti Summus Pontifex non vult tollere ius tertii quaesitum, nisi expresse dicat, ex *cap. 8 h. t. X*, et ex reg. Cancell. - *De iure quaesito non tollendo* -, aut non potest corrigere, utputa impedimentum iuris divini in matrimonio.

383. Cum confirmatio possit esse *inutilis*, aliquando necesse est iudicium instituere seu examen, quoad valorem actus confirmati. — Iamvero res confirmata *in forma communi* nullum praestat impedimentum cognitioni iudicis inferioris. Confirmatio vero *in forma specifica* prohibet, quominus iudex inferior manus apponat in negotium taliter confirmatum, ut edicit *cap. 1 h. t.*, cuius quaestionem iam proposuimus; decernens de ista specie confirmationis: « non est licitum iudici de quaestione postea exorta decernere aut eam definire absque Sedis Ap. mandato ». Item in *cap. 2 h. t.* Alex. III hoc urget praeceptum quoad confirmationem *in forma specifica*, aiens tales confirmationes non posse impugnari. « *nisi novum Apost. Sed. procedat mandatum*,

aut certum sit, quod sint per falsi suggestionem elicitae ». Nam si notorium est vitium obreptionis aut subreptionis, est aeque notoria nullitas rescripti Pontificii.

384. A Pragmaticis hoc S. Sedis mandatum solet vocari *facultas aperitionis oris* seu aperiendi mentem Pontificis. Huiusmodi mandatum Pontifex non concedit, nisi praemisso examine de causis, ob quas dubitatur de valore actus. Nisi enim probabilis extet causa nullitatis, non conceditur facultas aperitionis oris. Cf. cl. De Angelis *h. t. in fine* et cl. Santi *h. t. n. 11.* Quod dicitur de confirmationibus Pontificis, multo magis tenendum est de rescriptis et aliis actibus Papalibus, quorum validitas in iudicio controverti non potest, nisi mandato *aperitionis oris* impetrato (1).

(1) Haec quaestio *an intret arbitrium seu facultas aperitionis oris* apud S. Congr. formiter agitatur seu in contradictorio, seu contradicente altera parte, cuius interest firmum habere et tueri actum Pontificium. Nam Papa antequam annuat facultatem *ap. oris*, solet committere alicui S. Cong. quaestionem, an nempe graves et probabiles adsint rationes pro hac concedenda facultate. Intentio contradicentis eo spectat ut demonstret non adfuisse in rescripto Pontificis vitium obreptionis aut subreptionis, unde actus impugnari valeat. Huiusmodi causas vide apud Pallottini opus cit. tom. I, *voc. Aperitio oris.*

CAPUT VI.

DE ACTIS IUDICII ET ACTIS CAUSAE.

Summarium. — 385. Quare *acta causae* distinguantur ab *actis iudicii.* — 486. Facta actorum iudicialium recensione, patet nonnulla respicere *meritum* quaestionis; haec sunt *acta causae;* alia respicere *ritum* processus, et sunt *acta iudicii.* — 387. Acta causae vigent, absoluta instantia; evanescunt vero *acta iudicii.* — 388. Vigent *acta causae in alia instantia inter easdem personas in eadem causa.* — 389. Nam *res inter alias acta aliis nec nocere nec prodesse debet.* — 390. Et vigent *acta causae,* quamvis confecta sint in processu ordinario et postea adducantur in processu summario, ceteris paribus.

385. Hactenus egimus indiscriminatim de actibus iudicialibus; modo distinguenda sunt *acta iudicii* ab *actis causae.* Nam diximus iudicium comprehendere causae seu quaestionis agitationem iuxta regulas ordinis iudicialis; seu complectitur *ius controversum* definiendum iuxta *regulas processus.* — Quare nonnulla quae aguntur in iudicio, respiciunt, uti solet dici, *meritum* seu definitionem causae; alia pertinent ad *ritum* seu formam processus. Unde in diversa genera et species dispescuntur acta iudicialia.

386. Cum primis ea quae ponuntur a iudice, sunt vel *sententiae definitivae*, vel *sententiae interlocutoriae* causas incidentes definientes, vel simplicia *decreta* seu ordinationes, quibus ordo seu ritus processus observatur. Utputa quando decernit iudex quonam loco, quanam die audientia habebitur, tunc edit simplex decretum. Differentia inter sententiam et simplex decretum est, quod illa emittitur, auditis partium allegationibus et defensionibus, seu *in contradictorio;* dum *decreta* dantur etiam partibus inauditis vel una tantum parte instante. Sententiae vero *interlocutoriae* aliquando tangunt meritum causae; aliquando pertinent tantum ad ordinandum processum instantiae, veluti cum

definit iudex certam dilationem concedendam esse, quum altera pars contra diceret.

Acta vero, quae ponuntur ab actore et reo aut respective ab eorum procuratoribus, vel spectant ad probandas litigantium intentiones, et huiusmodi sunt istorum confessiones, testium depositiones, peritorum suffragia; vel ordinantur ad satisfaciendum legibus processus; et sunt huius speciei, libellus litis introductivus, citatio, litis contestatio.

Iamvero ista omnia acta iudicialia tum iudicis tum litigantium reducuntur ad duo suprema genera; ut alia sint *acta causae*, ea nempe quae respiciunt meritum causae sive quaestionis; alia sint *acta iudicii* seu *processus*, quae ponuntur ut instantia iudicialis exigatur ad normas legum processus (1).

387. Magni ponderis est haec distinctio, quia *acta iudicii* seu processus, finita aut quocumque modo perempta instantia, pereunt et nullum habent valorem in alia instantia; dum ea contra *acta causae*, seu probationes in processu efformatae ad litem definiendam, et iudicis sententiae de merito causae decernentes, supersunt iudiciali instantiae et vim habent in alia instantia inter easdem personas; arg. *cap. 11, De test. et attest. X* (II, 20) et communiter cf. Reiff., *De iud., n. 185 sq.* — Res exploratissimi iuris est, at advertatur vim habere *acta causae, inter easdem personas, in eadem causa seu quaestione;* quod fluit ex duobus principiis fundamentalibus ordinis processualis.

(1) Quoad processus in causis matrimonialibus nonnulla dubia oblata fuerunt a Curia Lublinensi S. Congr. Concilii et inter alia hoc propositum fuit dubium: « 3° *An possent ad obtinendam hanc dispensationem* (a matr. rat. et non consum.) *mitti acta processus iam confecti in causa impotentiae, quae sufficienter probari non potuit* »; et *die 16 Iun. 1894* rescriptum fuit: « *Ad 3um: Affirmative* ». Ratio decidendi est, quia *acta causae,* nempe probationes in processu confectae, non expirant, absoluta instantia apud curiam; cf. *folium ex officio.*

388. Primum principium est, introducto iudicio nihil agi debere ab una parte, altera inaudita, seu omnia agenda esse *in contradictorio*, adeo ut una pars alterius intentionem refutare valeat; secus fieri posset ut quis indefensus, contra iustitiam, damnaretur, prouti cavet *l. 1, ff. De reg. iur.*: « Neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur ». Idem decernunt *c. c. 2, De sent. et re iud., in Clem.* (II, 11) et *1, De caus. poss. et propriet., X* (II, 12), in quo advertit Pontifex: « *Nec nos contra inauditam partem aliquid possumus decernere* ». Quocirca acta etiam causae inter eos tantum valere possunt, qui, uti partes, in iudicio auditi fuerunt sua iura congrue defendentes.

389. Alterum principium continetur ea regula: « *Res inter alios acta, nobis nec nocere nec prodesse potest* ». Nam ea omnia quae iudicio peraguntur, subiacent examini et contentioni litigantium, quibus proinde tantum *ab ipsis acta* nocumentum aut emolumentum afferre debent. Ita edicitur in *c. c. 6, De fide instr., X* (II, 20) et *25, 17, De sent. et re iud., X* (II, 27), in quo postremo decernitur: « *res inter alios acta non noceat regulariter aliis iuxta constitutiones canonicas et civiles* ». Rationem reddunt, *reg. 22 iur. in 6*: « *non debet aliquis alterius odio pergravari* », et *lex ff. De reg. iur.*: « *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri* ».

390. Passim canonistae, ut acta causae inter easdem personas valeant in alia instantia, solent addere conditionem, *dummodo non varietur modus agendi;* cf. Reiffenst. *tit. De iud. n. 101.* Idem auctor hanc reddit rationem: « Sic enim acta probatoria seu attestationes receptae in iudicio summario fidem non faciunt in iudicio ordinario ». Quae tamen regula ita generaliter enunciata non videtur vera, nec desumitur ex *cap. 38, De test. et attest., X* (II. 20), quamvis eius *summarium* ita sit conceptum: *Attestationes receptae in summario fidem non faciunt in plenario iudicio* ». *Summaria capitum* enim con-

cinnata industriâ privati doctoris legem non condunt. — Ratio vero ob quam haec adiicitur exceptio, est, quia in summario iudicio non adhibentur illae solemnitates et cautelae, quae in plenario seu formali iudicio adhibitae, erroris et fraudis facilem suspicionem repellunt. — Sed haec ratio est nimis generalis; nam etiam in eodem iudicio, etsi formali ritu agitato, potest excipi contra testes et attestationes antea receptas, uti suo loco videbimus. Quare potius statui debet hoc principium; nimirum, *acta causae valere inter easdem personas in alia instantia;* quae tamen, omni fraudis remoto periculo et iudicis interveniente consensu, impugnari possunt, si legitimae exortae sint causae excipiendi contra antea gesta, sive ratione materiae sive ratione personarum sive ratione modi.

§ 1. *De actibus iudicialibus scripto vel oretenus vel mixto systemate confectis et de audientiis vel secretis vel publicis.*

Summarium. — 391. Quod omnia fiant in *contradictorio*, pertinet ad formam *intrinsecam* processus. — 392. Ad formam *extrinsecam* pertinet modus procedendi aut *viva voce* tantum, aut tantum per scripta acta, aut mixto systemate. — 393. Ius can. hoc mixtum systema adoptavit. — 394. At ius can. comm. non admittit iudicia publica.

391. Forma *intrinseca* seu necessaria processus iudicialis est ut ea iudicialiter censeantur facta, quae obnoxia sunt iudicis auctoritati, et alterius partis contradictioni; et hoc iam explicavimus.

392. Forma *extrinseca* praecipue consistit in modo quo conficiuntur acta iudicialia. Potest enim contentio iudicialis evolvi *viva voce*, adeo ut acta iudicialia in scriptis non referantur, sed iudex, auditis partibus earumque allegationibus, pronunciet sententiam, de qua postea non constet, nisi per assertionem iudicis aut per testium depositionem.

Ex adverso potest processus confici tantum per acta scriptis exarata; quamobrem iudex ea tantum debet perpendere, quae scriptis consignata sunt. Hinc nulla habetur contentio oralis, sed ipsae partium allegationes et deductiones et testium depositiones in scriptis referuntur, et hac ratione iudicis examini et sententiae subiiciuntur.

Mixtum systema obtinet, quum etiam admittitur partium contentio *viva voce* agitata, sed ea lege ut omnia in iudicio acta *ab actuario* scriptis consignentur; quapropter, absoluta instantia iudiciali, supersunt tabulae processus, quae custodiuntur in archivio curiae; earumque exemplar authenticum traditur litigantibus, si hoc expostulent, sive pro appellationis prosequendo iudicio, sive pro retinenda rerum gestarum scripta attestatione. Hoc systema exinde dicitur *mixtum*, utpote quod conciliat iudicialem discussionem *vivae vocis* cum methodo conficiendi per manus actuarii publicum instrumentum de omnibus actis iudicialibus.

393. Fuit maxime in more Romanorum et Germanorum iudicium *viva voce* agitatum et definitum; sed ob incommoda, quibus scatet huiusmodi systema, passim inolevit mos adhibendi notarium ad conscribenda acta iudicialia. Ius can. commune, mixtum induxit systema per decretalem Inn. III, *cap. 11*, *De prob.*, *X* (II, 19), qua praescriptus fuit usus actuariorum ad referenda scriptis omnia iudicii et causae acta (1).

(1) Iuvat referre textum celeberrimae cit. decretalis, quae ita se habet: « Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare; cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio; ne falsitas veritati praeiudicet aut iniquitas praevaleat aequitati; statuimus ut tam in ordinario iudicio quam extraordinario, iudex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam aut duos viros idoneos, qui fideliter universa iudicii acta conscribant; videlicet citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones, responsiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones,

Iure vero comm. non fuisse abolitam per cit. const. oralem causarum dissertationem, probatur non tantum quia textus de huiusmodi derogatione ne habet quidem mentionem, sed maxime quia referuntur *in corpore iuris* plura iudicia hoc mixto systemate agitata et praecipue per *vivae vocis* contentionem exercita coram ipso Romano Pontifice. Praeterea nuper in Inst. data a S. Congr. EE. et RR. *11 iunii 1880* aperte praescribitur haec methodus; nam art. 33 decernitur: « *Transmittitur dein processus scripto exaratus Procuratori fiscali, ut suo munere ex officio fungatur; idemque processus ordinario traditur qui, plena causae cognitione adepta, diem constituit in qua disceptanda et resolvenda sit, curans ut accusatus certior de hoc fiat* ». — Art. 34: « *Die constituta proponitur causa coram Vicario Generali, interessentibus Procuratore fisci, Advocato et Cancellario* ». — Art. 35. « *Post votum Procuratoris fisci et deductiones Advocati profertur sententia, dictando dispositivam Cancellario cum explicita mentione, in casu damnationis, canonicae sanctionis accusato applicatae* » (2).

instrumentorum productiones, interlocutiones, appellationes, renunciationes, conclusiones, et caetera quae occurrerint competenti ordine conscribenda, loca designando, tempora et personas. Et omnia sic conscripta partibus tribuantur, ita quod originalia penes scriptores remaneant; ut si super processu iudicis fuerit suborta contentio, per hoc possit veritas declarari: quatenus hoc adhibito moderamine, sic honestis et discretis deferatur iudicibus, quod per improvidos et iniquos innocentium iustitia non laedatur etc. ». Decernit Pontifex - *quod originalia penes scriptores remaneant* - quia hic Pontifex non loquitur de cancellario curiae pro qua iste rogat acta, sed de publico notario penes quem remanent acta ab eo rogata, postea transferenda ad curiam ad quam pertinent, quando nempe demoritur notarius. Hodie res ita agitur etiam in curiis civilibus quoad *notarios*, diversimode vero quoad *cancellarios* tribunalium, pro quibus ipsi rogant acta.

(2) Pellegrini *op. cit. P. II.* in proemio postquam alias processus partes explicaverit, ait: « Quibus omnibus expletis... monentur ac citantur

— Uti patet, hic agitur de causis criminalibus, sed pro re nostra innuimus etiam in huiusmodi iudiciis adhibendam esse, ex praescripto S. Sedis, oralem disceptationem; quae ad causas civiles tractandas de iure comm. nullibi invenitur prohibita, quaeque apud curias usque frequentata est (1).

394. Demum resolvenda est quaestio an audientiae, scilicet disceptationes causarum, publice haberi debeant, vel secreto, nimirum remotis iis omnibus, quos *directe* negotium non tangit. Iamvero quum iudicium instruitur et definitur per acta *viva voce* confecta, publica causae disceptatio pene necessario constituitur, ut saltem testes supersint pro veritate custodienda actorum iudicialium. — Hinc inducto processu *scripto* vel *mixto* publica iudicia in desuetudinem abierunt; et a curiis eccles. sensim proscripta fuerunt.

Hodierni legumlatores magnis animis iterum vindicarunt iudiciorum publicam agitationem, acriter improbantes ius can. ob contrarium morem, quasi ad impunitatem iudicialis iniustitiae inducta sint secreta iudicia.

Nostrum non est hanc prosequi quaestionem partim *philosophicam* seu *de iure constituendo* et partim *historicam;* sed haec advertenda sunt. — Iure quo utimur, audientiae iudiciales in curiis eccles. non sunt publicae. Nam lex can. opportuna non recognovit publica iudicia. Haec enim nata non sunt conciliare praelatis ecclesiasticis et clericis in huiusmodi iudiciis partem habentibus reverentiam, qua exterius pollere debent ob ordinem sacerdotalem. Praeterea in foro eccl. quum omnia scriptis consignentur, sufficienter consulitur legitimae defensioni partium contendentium, quibus tantum, non ceteris extraneis, panduntur acta iudicialia.

ambae partes ad dicendum et allegandum coram iudice oretenus et in scriptis, in iure et in facto, cum advocatis et procuratoribus ad effectum discutiendi probationes factas, ut possit tandem iudex ad sententiam devenire ».

(1) De stylo Curiae Rom. dicemus suo loco.

Ceterum ipsi Pontifices alio criterio rem dimetiendam esse pro societate civili aperte significarunt per leges editas in suo civili principatu. Ita Edictum Card. Gamberini *ad* § *127* decrevit: « *Audientiae semper publice habebuntur et ianuis apertis...* ». Nihilominus advertere iuvat publica iudicia in re criminali maxime interesse reipublicae civilis, in quaestionibus vero iuris privati publica iudicia parum utilitatis conferre (1).

(1) Hoc fatentur etiam commentatores iuris civilis. - Cf. Mattirolo, *op. cit. vol. III, n. 473 seq.*.

SECTIO II.

De iudicii introductione et instructione.

Summarium. — 395. Explicatur huius tractationis materia. — 396. Traditur ratio divisionis.

395. Praeiactis in superiore sectione fundamentalibus regulis ad processum iudicialem instruendum, modo de eius structura nobis agendum est, quasi super fundamento ad ultimum fastigium extollentes aedificium. Revera diversas iudicialis processus partes in prolegomenis iam adumbravimus, quas nunc magis evolvere et inter se ita componere debemus, ut processus iudicialis coalescat rite ordinatus ad lites legitime dirimendas.

Iamvero in hac Sectione dicemus quanam forma in re civili imploratur iudicis ministerium super aliqua controversia, et quomodo alia pars convocatur coram iudice competente, eo sane consilio ut petitioni actoris vel annuat vel si resistat, se submittat processui iudiciali, quo actor probare intendit suam petitionem, quamque proinde impugnare pro viribus reo integrum est. — Ex probationibus hinc inde a partibus allatis, seu ab actore ad urgendam suam petitionem, a reo ad istam repellendam, resultat instructio iudicii, quia istae probationes constituunt totidem argumenta, quae aequa lance a iudice ponderata determinant eius sententiam reum absolventem vel condemnantem.

Causa vero instrui potest vel servatis regulis *processus ordinarii* seu solemnis, vel tantummodo servatis praescriptionibus *processus summarii*.

Praeterea, in quaestionem principalem, incidere solent quaestiones accessoriae, exinde nuncupatae *incidentes*, quarum in definitione nonnullae peculiares regulae observandae sunt.

Exinde patet huius Sectionis materia. — Primo evolvemus processum *iudicii ordinarii*, dein agemus de iudiciis *summariis*.

Atqui tum in *ordinariis* tum in *summariis* iudiciis id agitur actorem inter et reum, ut actor a reo suam obtineat petitionem, dummodo eamdem in iudicio congrue probaverit; quam si probare non valuerit, reus absolvetur ab actoris petitione. — Sed *summaria* iudicia ab *ordinariis* differunt, quia actus in his cum quadam solemnitate poni debent, quae solemnitas in *summariis* posthabetur. — Inde in ordinariis iudiciis causa apud iudicem inchoatur *per oblatum libellum*, quo actor aliquid petit a iudice adversus alterum. Si iudex oblatum libellum acceptandum esse cognoscat, edit *citationem*, qua reus in iudicium convenitur actori responsurus an velit annuere eius petitioni vel potius resistere. Quando conventus actoris petitionem iudicialiter impugnare intendat, iudicii ordinarii ratio expostulat, ut actor et reus conveniant ad *litem contestandam;* unde uterque actu solemni coram iudice propriam significet intentionem; scilicet actor exprimat quid petat, asserat reus quid actori negare constituat per controversiam iudicialem. — Solemnis *litis contestatio* ponit iudicii basim, cui innititur universa causae instructio eiusque definitio. Siquidem cum primis actoris est probare suam petendi rationem, reo contra eumdem excipiente; dein iudex sententiam reddet conformem quaestioni propositae in lite contestata, reum absolvendo ab instantia actoris vel condemnando in huius petitionem solemniter significatam in litis contestatione. — Iudicia autem *summaria, ratione materiae*, non discrepant ab ordinariis, cum actor suam obtinere non possit intentionem adversus reum, nisi eamdem sufficienter probet; quocirca tota differentia habetur *ratione formae.*

396. Ex dictis fluit, ratio divisionis huius tractatus, quem exponemus in titulis — *De oblatione libelli* — *De citatione* — *De litis contestatione* — *De probationibus* in genere et in subsequentibus titulis de singulis *probationibus*. Dein agendum erit *de quaestionibus incidentibus in genere* et *in specie*, denique, postremo titulo, de *iudiciis summariis*.

TITULUS I.

DE OBLATIONE LIBELLI.

Huc referatur tit. 3, lib. II. X.

Summarium. — 397. In iudiciis ordinariis est necessaria *oblatio libelli.* — 398. In libello, cum primis, clare exprimi debent facti adiuncta. — 399. Ex facti specie deducenda est ratio petendi seu *actio,* cuius tamen proprium nomen exprimere necesse non est. — 400. Iudex deliberat an libellum excipere debeat; quo admisso edit decretum citationis. — 401. Redditur ratio huius systematis, quo iudex auctoritate sua *in ius vocat reum.* — 402. Explicantur effectus oblati libelli.

397. Iure can. causa in *processu ordinario* introducitur per oblationem libelli *ex cap. 1, h. t. X* et nullum est iudicium incoeptum absque libelli oblatione, etsi partes in omissionem consenserint: cf. Schmalzgrueber *h. tit. n. 11.* — Libellus est *« brevis scriptura continens clare actoris petitionem, et petendi causam ».* Haec scriptura iudici offertur ab actore ad postulandum illius iudiciale ministerium. Hinc scriptura debet esse *brevis* et *clara*, ut iudex, perpensa petitione et petitionis causa, iudicet an ipse sit competens et huiusmodi instantia an admitti possit, quam deberet repellere, si causa notorietate facti falsa esset vel evidenter esset iniusta.

398. Proinde actor, suo expresso nomine ut eius persona iudici innotescat, *breviter* et *clare* debet exponere facti narrationem et inde innuere ex illo facto quodnam ius sibi vindicat ab alio seu a reo, cuius nomen distincte exprimat oportet ad eius notitiam faciliter iudici suggerendam. Quia in civilibus semper petitur aliqua certa res vel summa pecuniae, etiam certum et distinctum debet esse *quid* et *quantum* petitur.

Pragmatici docent opportunum esse addere *clausulas salutares*, seu facta declaratione rei petitae addere, se nolle per hanc

declarationem praeiudicare iuri suo, casu quo in decursu causae appareret quod alia res vel maior summa sibi debeatur. Cf. Pellegrini *op. cit.* § *II, Sect. I, subs. I, n. 7.*

399. Ex *facti* narratione debet clare deduci *causa* petendi seu *actio;* tamen non est necesse nomen actionis proprium innuere, sed sufficit adaequatis verbis significare ius, ex quo petitur: ex cap. 6, Alex. III, *De iud.*: « *Provideatis* - inquit, - *attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem secundum formam canonum et SS. Patrum instituta investigare curetis* ». Ius can. abrogasse subtilitates iuris rom. hac de re docuimus in titulo *de actionibus*, in quo etiam advertimus non prohiberi *cumulum actionum,* unde iudex non potest repellere libellum, in quo clare et distincte plures continentur petitiones, quando uno iudicio commode absolvi possunt.

400. Iudex per oblatum libellum certior fieri debet de petitione actoris; quamobrem, uti notat Devoti (*Inst. can. III, tit. 5, n. 9)*, una cum oblato libello in actis exhiberi debent probationes, quibus petitio innititur quibusque perpensis iudex decernet utrum instantia admittenda sit. — Hac admissa, statim suum interponet ministerium, ut si suam contra reum probaverit intentionem, actor obtineat quod sibi petit a reo. Unde auctoritate sua iudex vocat apud se reum, qui respondeat petitioni actoris: talis vocatio dicitur *in ius vocatio* seu *citatio* (1).

401. In decretalibus non habetur specialis titulus *de citatione*, ut habetur in Digestis titulus *De in ius vocando* et in Codice *sub eadem rubrica*, sed obiter de citatione fit mentio veluti in cit. cap. 19, *De foro compet.* X, et c. 11, *De probationibus*,

(1) Hic naturalis processus ita obiter exponitur in cap. 19, *De Foro comp.* X: « *Proposuisti nobis quod quidam subditus tuus ad petitionem cuiusdam adversarii sui a te legitime citatus ad causam, quia postmodum iurisdictionis alterius esse coepit, tuum intendit iudicium declinare* etc. ».

X (II, 19), in Clem. *cap. 2, De sent. et re iud.* (II, 11) et passim in aliis. Ratio repetenda est ab historia instituti citationis.

Revera duplici methodo potest introduci lis. Vel ipse civis volens litem instaurare, alium civem vocat coram iudice ad causam agitandam, quamobrem negotium convocationis *rei* coram iudice remittitur voluntati et sollicitudini *actoris*. Vel civis directe adit iudicem, qui habita petitionis notitia, et suscepta negotii litigiosi cognitione, auctoritate sua reum vocat ad respondendum actori.

Apud Romanos iure *12 Tabularum* viguit prius systema, de quo ait Aull. Gell. (XIII, 13): « *a privato in ius vocari est potestas* ». Si in ius vocatus nolebat sequi in ius vocantem, etiam « *obtorto collo* », ut loquuntur *12 Tabul.*, poterat cogi (1). Vigente Imperio, apud Romanos alterum systema moribus exceptum fuerat, iam ab aetate Ulpiani, idemque iure Iustinianeo confirmatum fuit, quod absolutam habuit applicationem iure Decretalium. Quia hoc systemate iudex ex libello oblato et suscepto onus habet vocandi reum et cogendi, ut legitimum subeat iudicium iuxta petitionem actoris; hinc citatio fit actus auctoritatis iudicialis, edendus ab ipso iudice cum omnibus cautelis, et eo consilio, ut reus habeat notitiam petitionis eique coram iudice respondeat. Progressu temporis, ope iurisprudentiae et usus forensis, coepit determinari modus certus quo fieri debeat citatio, et fuse explicatur a Comment. Decretalium et a Pragmaticis. Cf. *Inst. S. C. EE. et RR. 11 iunii 1880, art. 14 seq.* — Codices hodierni, insistentes vestigiis cod. Gallici, passim sequuntur antiquius systema romanum, interposita tamen cuiusdam publicae personae auctoritate (Italice *usciere,* Gallice *huis-*

(1) Cf. Cicer. *De legibus II, 23; *Quintilian. *Inst. II, 4.* — In digestis huius systematis vestigia habentur, lib. II, tit. 5: « *Si in ius vocatus non ierit* », et 7: « *Ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat* ». Verum iam aetate Ulpiani et Pauli illum obtinuisse morem, ut nemo sine magistratus auctoritate in ius vocaretur, ostendit Donellus, *De iur. civ. lib. 23, cap. 2,* § *6.*

sier) ad fidem faciendam de citatione ab actore ad reum data. In codice Germanico acceptatur hoc systema, sed codex Austriacus retinet iuris can. methodum et citationis rationem. Cod. cit. Greg., pro negotiis *civilibus,* sequitur codicem Gallicum *art. 467;* et excipit tantum casum quo descendentes in ius vocare velint ascendentes; tunc enim requiritur assensus magistratus, qui antea concordiae ineundae studere debet, *art. 470.* — Hinc inter Commentatores civilis processus iudicialis ardet contentio, quodnam ex systematibus potius sit. Quidquid sit de civili foro, plane in legislatione can. praeferri debebat systema, quod magis iudicis auctoritati defert, ei lites in ipso exordio moderari et etiam praecidere permittens.

402. Oblati libelli plures sunt effectus:

1) Effectus immediatus et directus est implorare iudicis ministerium ad experiendum ius in iudicio. Tamen iudex, inspecto libello, et adnexis probationibus pensatis, eumdem, si ineptum aut non suae competentiae obnoxium, reiicere debet; nisi praestet persuadere parti, ut istum retractet vel potius corrigat et emendet vel etiam ut viam pacificae compositionis ineat. Nam per simplicem libelli oblationem res adhuc non est contentiosa, sed est plane *integra,* quippe iudicialis contentionis expers.

2) Quare, antequam iudex dederit mandatum citationis, potest actor vel libellum retrahere, vel ipsum mutare, nempe *aliam exponere petitionem, et causam petendi,* vel libellum corrigere *modificando in parte non substantiali ipsam petitionem:* cf. Schmalz. *h. t. n. 8, 13.*

Postquam vero facta est citatio, libelli correctioni aut mutationi non est locus, nisi refusis expensis, a convento occasione citationis factis, sive tantummodo *corrigatur,* sive *mutetur* seu substantialiter diversus proponatur libellus. Nam *emendato libello*, fiunt inutiles actus a parte conventa positi, ut huic parti libelli responderet; *mutato* vero *libello* actus citationis inutilis evadit, quia ob mutatam petitionem, instituta

instantia omnino decidit. Dum e contra correctio seu accidentalis emendatio fit, eadem perseverante instantia: *arg. c. c. 3, De dilat. X* (II, 8) et *49, De appell. X* (II, 28) et *15, De iud. X.*

3) Quia libellus exprimit actoris petitionem, quae saltem in parte substantiali confirmatur in litis contestatione, hinc iudex definitivam sententiam pronunciabit iuxta libelli tenorem, reum condemnans vel absolvens; *arg. cap. 3, De sent. et re iud. in 6* (II, 14).

TITULUS II.

DE CITATIONE.

Summarium. — 403. Traditur notio citationis. — 404. Enucleantur variae species citationum. — 405. Quae exprimi debeant in decreto citationis. — 406. Quomodo nuncius de citatione congrue denunciata fidem facere debeat. — 407. Quaeritur an decretum citationis possit demandari executioni a nuncio in territorio alterius iudicis in quo moratur reus; et an iudex edere valeat hoc decretum, dum extra suum territorium versatur. — 408. De effectibus citationis.

403. Ex dictis iam patet citationis indoles seu intentio, quae perbelle exprimebatur iure romano rubrica *de in ius vocando*. — Citatio enim, prouti est aditus iudicii, est *in ius vocatio iuris experiendi causa*. Citatio vero latius assumi potest, quatenus *in omni iudicii parte* adhibetur, quoniam singuli iudiciarii actus litigantibus nunciantur, utputa quando absoluta una audientia in aliam diem convocantur litigantes, vel testes vocantur ad suas faciendas attestationes. Nos loquimur expresse de citatione, quae est *in ius vocatio* seu iudicii exordium. — Haec iure can. ita valet definiri: « *actus legitimus quo quis ex mandato iudicis vocatur in iudicium iuris experiundi causa* ». Necessitas citationis est ex ipso iure naturali, quia intentio actoris est ut iudex condemnet reum ad satisfaciendum illius petitioni; sed civilis et naturalis ratio vetat damnari aliquem, qui auditus ac defensus non sit.

404. Nihilominus ex iure naturali et positivo non requiritur actus materialis citationis, quando reus cognita iudiciali petitione actoris, sponte sua, praeveniens citationem, se offert coram iudice actori responsurus, cf. Schmalz. *De lib. obl. n. 15.* Nam ius naturale expostulat decretum citationis ad reum in ius vocandum pro sua defensione, quo effectu, etiam absque cita-

tione obtento, ius. can. nil amplius requirit. — Si vero reus forte in tribunali compareat ibique cognoscat actoris intentionem, at est congruae defensioni imparatus, tunc amplius necessaria non est citatio, quatenus est *in ius vocatio*, sed expostulatur *citatio*, qua praefigitur congruus terminus comparitionis ad respondendum actoris intentioni. — Item, praesertim in criminalibus, si crimen est notorium quod nulla possit tergiversatione celari, *arg. cap. 5, § 1, De appellat. X,* (II. 28), reus etiam non citatus condemnari potest; ius enim naturale non exquirit rei defensionem, cum possibilis non est: cf. Leurenium *h. t. q. 211,* Schmalzgr. *De lib. obl. n. 15 sq.,* Bouix, *De iud. II, pag. 159 sq.*.

405. Ius vero positivum sedulo determinavit citationis formam et modum. Cum primis plures habentur citationis species. Dicitur citatio *iuris*, quando lex ipsa circa aliquod negotium advertit omnes, quorum interest ut *certo tempore* sistant in iudicio sui iuris experiendi gratia; quo praeterlapso inutiliter tempore, non amplius audientur; uti statuitur ex. g. in *cap. 1, De elect. in 6* (I, 6) tempus utile ad oppugnandam provisionem beneficii, per electionem, factam.

Contra *citatio* dicitur ab *homine*, quae nempe ex iudicis mandato procedit. Ordinarie debet *scriptis* fieri citatio *ab homine*, cf. Leuren. *h. t. q. 220,* excepto casu quo difficile esset aut periculosum scriptis eam mittere. Quando citatio denunciatur uni vel pluribus, et singulis in faciem denunciatur, dicitur *personalis* seu *specialis*. Est vero *edictalis*, quum convento in faciem reddi non potest, quia eius copia haberi non potest. Tunc ad domum in qua habitat, et si plures domos habeat, ubi frequentius commorari solet aut commorari deberet, decretum citationis denunciatur, eo consilio, ut reus per familiares, propinquos et amicos admoneatur, *arg. c. c. 11, De clericis non resid. X* (III, 4); *10, De dolo et cont. X* (II, 14); *13, De elect. et electi pot. in Clem.* (I, 3). Quum reus abest neque rescitur in quo loco versetur, tunc recurritur ad publicum edictum, nempe

vel in Ecclesia divulgatur decretum citationis, vel affigitur in publico loco, vel editur per publicas ephemerides. Revera si unus vel plures citandi sint commorantes in remotis regionibus, quorum lateat domicilium, citationem fieri per publicas ephemerides admisit S. C. Concil. *in Monacen., 23 Ian. 1875.* — Verum caute observetur, citationi *edictali* locum non esse, nisi compertum sit *personalem* citationem dari non posse.

Praeterea citatio est *realis*, quae fit per manus iniectionem in reum, a ministris iudicis factam; *verbalis*, quae viva voce vel scriptis datur, cf. *Inst. cit. S. C. EE. et RR. art. 14.*

Denique dividitur in *simplicem* et *peremptoriam:* quae distinctio ut intelligatur, scitu necessarium est, iudicem in ipso decreto citationis concedere aliquod tempus, quo citatus deliberet an petitioni actoris annuere vel resistere debeat et an contra ipsum iudicem citantem quid excipere possit, veluti ob incompetentiam, suspicionem, aut similem causam. — Iure canonico tempus dilationis citatoriae relinquitur determinandum iudicis arbitrio, tamen cum hoc criterio, ut ab initio non concedat longum temporis intervallum, puta 20 dies, sed antea brevissimum assignet tempus, puta 5 vel 6 dierum, ad sollicitandam litem, prorogaturus hoc tempus, si reus non compareat vel comparere non possit, per secundam et tertiam dilationem, antequam reum uti *contumacem* seu illegitime inobedientem habeat. — Non prohibetur vero iudici, si hoc videatur opportunius, ab initio et *unica* dilatione concedere tempus, quod secus per *tertiam* dilationem ipse protraheret. Hisce praemissis *simplex* est *citatio*, quae per primam, secundam et tertiam vicem repetitur ad reddendum reum contumacem; *peremptoria*, quae ex intentione iudicis aequivalet trinae citationi ad effectum reddendi reum contumacem; unde iudex debet sufficienter exprimere in ipsa citatione an haec *simplex* vel *peremptoria* sit, *arg. 24, De off. iud. deleg. X* (I, 29); cf. Leurenium, *h. t. q. 218.*

406. Necessitas opportune determinandi dilationem cita-

toriam patet apprime ex ipso tenore citationis. Nam in citatione iudex,

1) debet exprimere suum nomen, et si sit delegatus, de proprio legitimo mandato reum certiorem reddere debet, inserendo literas delegationis; uti docuimus *n. 91;* cf. Pellegrini *l. c. subsec. 2, n. 25.*

2) Praeterea dilucide explicabit intentionem actoris seu reo communicabit *libellum actoris*, si agatur de prima citatione seu de in ius vocando. Siquidem in prosequendo iudicio sive actor sive reus sive ipsi testes aut aliae personae aliquando a iudice invitantur ad aliquem actum processualem respective proprium; et tunc simpliciter est significandus actus iudicialis, quem quisque citatus, respective, interponere debet.

3) Innuet actoris nomen eiusque conditionem exponet, si necesse sit, ut eius persona distincte reo innotescat.

4) Denique debet tempus *dilationis citatoriae* simplicis aut peremptoriae determinare, item diem, horam, locum comparitionis: huiusmodi enim conditiones sunt necessariae ad determinandam citationem. Verum si hora et locus comparitionis non innuantur, intelligitur praestitui hora et locus consuetus audientiae.

407. Executio mandati citationis facienda est per apparitorem vel nuntium vel per alium modum aeque tutum, iuxta monitum *Inst. S. C. EE. et RR. 11 iunii 1880, art. 14*, quem articulum interpretati sumus agentes de *apparitoribus, n. 152.*

Nam ad essentiam citationis *primo* requiritur iudicis decretum reo denuncians onus sistendi iudicio; *secundo* requiritur actus executionis ex parte apparitoris, qui de nunciata citatione fidem facere debet. « Alia duo (ait Pellegrini, *l. c. subsec. 2, n. 13*) requisita ad validitatem citationis ex parte nuncii seu cursoris sunt, quod ipse citet seu exequatur citationem.... Secundo quod faciat relationem cum subscriptione duorum testium, quando fit citatio in loco in quo haberi possunt; ubi vero non sint homines qui sciant scribere, debet referre citationem fuisse factam coram

duobus testibus, quos nominare debet... Relatio vero nuncii est de essentia citationis etc. ». Sed quando nuncius approbatus est apud tribunal quasi publicus minister, sufficit relatio executionis subsignatae ab ipso cursore; et hodie haec praxis obtinet (1).

408. Non convenit inter DD. an citationis decretum in alieno territorio per apparitorem denunciari possit. Nos affermativam sententiam quoad *citationes verbales*, abstracte, tutissimam tenemus cum De Luca, *De iud. dis. 9, n. 17* et Schmalz. *De libelli obl. n. 23;* nam executio citationis non est actus iurisdictionis. Attamen, pro praxi, quia apparitorem in alienam dioecesim mittere non expedit, satius est iudici loci dare literas, *remissoriales* vel *subsidiales* dictas, ut ipse exequatur citationem, cf. Leuren. *h. t. q. 221.* - Diximus - executionem decreti citationis non esse actum iurisdictionis - at, e contra, ipsum citationis decretum est actus iurisdictionis contentiosae, quod a iudice extra territorium edi non debet, quodque in illos tantum dari potest iudici citanti subiectos et in causa aliquam partem habentes, ex cap. *unic. in Clem., De for. compet.* (II, 2), cf. Bouix, *De iud., pag. 261 in nota.*

409. Efficit citatio:

1) ut citatus adstringatur ad comparendum statuto tempore et loco coram iudice, secus fit *contumax*, ut constituit titulus *De dolo et contumacia X* (II, 14).

2) Exinde patet notio contumaciae; unde contumaces fieri possunt tum actor tum reus. Reus cum in ius vocatus iudici non

(1) In cod. cit. Greg. *art. 473* edicitur: « Actus citationis comprehendit, 1° instantiam actoris, per quam in ius vocatur reus; 2° relationem cursoris qui testatur citationem denunciasse ». In systemate iuris can. primum requisitum est iudicis decretum, uti explicavimus. Relationem ita fieri debere praecipit *art. 475:* « Relatio continere debet: 1° datam; 2° nomen et cognomen cursoris cum indicatione iudicis aut tribunalis cui pertinet; 3° mentionem praecisam personae, cui remiserit copiam seu exemplar citationis; 4° subscriptionem cursoris ».

obtemperat; reus et actor fiunt contumaces, si iudicium prosequi detractant, vel iudicium susceptum, sine iudicis venia, deserunt, vel iudici aliquem actum iudicialem imperanti non obediant.

3) Negotium iudiciale iam est incoeptum, seu res amplius integra non est edita citatione: *arg. c. c. 19, 20 De o. d. X* (I,29);

4) Citatio inducit *praeventionem* inter plures iudices aeque competentes;

5) et in iudice delegato firmat et perpetuat iurisdictionem, quae non expirat, etsi iudicis delegantis cesset iurisdictio, ex *cap. 30, De off. deleg. X.*

6) Post citationem legitime executam, aut si per citatum steterit quo minus citatio ad eum pervenerit, inducitur litis pendentia et hinc verificatur iuris principium: *Ut lite pendente nihil innovetur.* Proinde, res qua de agitur, in libello actoris est iam sub iudicis potestate seu fit *litigiosa;* unde eius alienatio vel quaecumque alia immutatio interdicitur.

7) Hinc interrumpitur praescriptio, cum interim res possessoris liberae dispositioni subtrahatur, qui proinde amplius animo dominantis possidere non valet.

410. Magni ponderis, uti paret, sunt effectus citationis. Valor autem actus citationis, cuius solemnitates in bonum partium concessae sunt, pendet praecipue a partium voluntate. Quare si pars cuius interest, cognoscat citationis defectus eosque non denunciet, intelligitur iuri suo renunciasse, adeo ut citatio plene sustineatur.

§ 1. *De exceptionibus impedientibus litis ingressum.*

Summarium. — 411. Reus comparens in iudicio debet statim opponere quasdam exceptiones, ne iuri suo renunciasse videatur. — 412. Hinc instrumenta ab actore producta reo communicanda sunt. — 413. Explicantur fontes exceptionum dilatoriarum. — 414. Quando proponi debeant exceptiones peremptoriae.

411. Hic iuvat advertere, processus ordinem expostulare ut nonnullae quaestiones a reo convento proponantur in ipso

exordio litis; istae vero excitantur sub specie exceptionis sive *dilatoriae* sive *peremptoriae*. Quare in *cap. 4, De except. X* (II, 25) cavetur, a iudice certum tempus assignandum esse pro dilatoriis exceptionibus proponendis, ne diutius protrahatur ingressus litis.

412. Quia huiusmodi exceptiones aliae respiciunt modum agendi, aliae ipsum meritum causae, hinc reus, quando citatus comparet in iudicio, ius habet ut sibi exemplar tradatur libelli oblati, nisi eumdem iam plene cognoscat ex tenore citationis et etiam aliorum instrumentorum ab actore productorum ad litem introducendam. Pellegrini *l. c. subsect. 5*, docet libelli exemplar et instrumentorum dandum esse reo convento, idemque conficiendum esse actoris expensis; at notat servandum esse stylum curiae seu morem cuiusque regionis.

413. Exceptiones (1) dilatoriae, aliae respiciunt personam iudicis, cuiusmodi est exceptio incompetentiae; aliae personam actoris, utputa exceptiones adversus personam procuratoris ab actore constituti, veluti ob defectum mandati procuratorii; aliae respiciunt ipsam rei personam, ut ecce si reus, fideiussor, excipiat contra decretum citationis, quod dari debebat antea ad debitorem principalem, postea ad fideiussorem; demum aliae respiciunt ipsam causam, illae nempe quae docent hodie urgeri non posse obligationem, cuius praestationis tempus nondum advenit: cf. *c. c. 62, De appell. X* (II, 28); et *20, De sent. et re iud. X* (II, 27).

Iamvero huiusmodi dilatoriae exceptiones, *ordinario*, nisi opponantur initio litis, amplius obiici non possunt, quippe censetur fuisse renunciatum respectivis iuribus, nisi promoveantur appositae exceptiones. — Dixi - *ordinario* - quia,

1) excipiendi sunt illi defectus qui a partium voluntate suppleri non possunt, veluti defectus incompetentiae ratione obiecti aut gradus.

(1) Vidimus iam suo loco omnes exceptiones impetere aut meritum causae aut modum procedendi, n. 170.

2) Praeterea excipiendus est alius casus, qui admittit exceptionem dilatoriam etiam post litem incoeptam seu contestatam; et hoc fit, quoties factum exceptionis motivum, utputa ratio suspicionis, exoritur lite iam incoepta, aut idem factum, absque culpa rei, ad huius notitiam pervenit tantum post litem incoeptam.

414. Exceptiones vero peremptoriae, si ex illis sunt quae dicuntur *litis finitae*, utputa exceptio *transactionis, rei iudicatae*, quippe haec negotium iam absolverunt, opponendae sunt statim sub initio controversiae ad impediendum progressum litis. — Quare quis deberet solvere expensas iudicii, si passus est introduci litem, quin huiusmodi opposuerit exceptiones litis finitae, easdem obiiciens tantum ante sententiam definitivam. — Aliae exceptiones peremptoriae, quae sunt species simplicis defensionis, quippe spectant ad infirmandam actoris actionem, quales sunt exceptio metus, doli, erroris, praescriptionis, opponi debent post litem contestatam in periodo qua probationes explicantur. — Si tum unae tum aliae tempore utili non opponantur et sententia proferatur, non superest nisi recurrere ad medium ordinarium appellationis aut extraordinarium restitutionis in integrum: cf. *c. c. 6, De except. X,* et *1, 2, De lit. contes. in 6* (II, 3) et Schmalzgrueber, *De except. n. 23 seq.*

TITULUS III.

DE LITIS CONTESTATIONE.

Huc referant. tit. 5, L. II, X et 3, II in 6.

Summarium. — 415. Litis contestatio spectat ad dilucide exprimendum litis obiectum. — 416. Est solemnitas necessaria *ad validitatem*, in processu *ordinario*. — 417. Definiuntur requisita contestationis litis. — 418. Quomodo praeparetur matura litis contestatio. — 419. Haec omittitur in processu *summario*. — 420. Adumbratur historia huius instituti. — 521. De eius effectibus.

415. Cum reus ponderaverit actoris *intentionem* eamque summovere non valeat per exceptiones aut dilatorias aut peremptorias, impedientes litis ingressum, nisi iuri suo renunciare malit, urgetur ad iudicium prosequendum. Suum propositum litem instaurandi et negationem oppositam actoris intentioni significat reus et solemniter protestatur in litis contestatione. Reapse ius iudiciale can. ad determinandum perspicue punctum quaestionis, voluit ut hic certus conficeretur actus, quo luculenter appareret quid actor affirmaret, quid reus negaret, cum proposito experiendi ius suum in iudicio. Haec est *litis contestatio,* quae dici solet *lapis angularis, fundamentum iudicii.*

416. In iure can., *ipso iure,* nullus est processus *ordinarius,* lite non contestata introductus, et partes non possunt *mutuo consensu* huic solemnitati derogare. Quare iudex, *ex officio,* si omittatur litis contestatio, processum uti nullum declarare debet, prouti factum est a Greg. IX in *cap. unic. h. t.*, sic disponente: « *Quia tamen litis contestationem non invenimus esse factam, cum non per positiones et responsiones ad eas sed per petitionem in iure propositam et responsionem secutam contestatio litis fiat, processum ipsorum de fratrum nostrorum consilio irritum duximus nunciandum* ». Hoc categorice statuitur etiam

in *c. c. 54*, § *3. De elect. X* (I, 6). et *2 h. t. in 6* (II, 3). Modo evolvemus legis dispositionem interpretantes verba Pontificis.

417. Communiter DD. inhaerentes verbis cit. cap. ita definiunt litis contestationem: *« est petitio actoris in iure proposita et congrua negativa responsio rei, facta animo litigandi »*. Dicitur petitio *actoris* et *rei* negatio, tamen comprehenduntur etiam personae legitime in iudicio *actoris* vel *rei* partes agentes, quales *procuratores, tutores, curatores, syndici, administratores ipsique advocati nomine procuratorio:* cf. *cap. 62, De app.,* X (II, 28) et Leurenium *h. t. q. 254.*

Requisita essentialia duo sunt:

1) De litis obiecto actoris petitio, rei negatio;

2) animus litigandi. — De iure communi non requiritur *solemnitas* verborum, sed sufficit dilucide exprimere contendentium contrariam intentionem, ita ut notet Schmalzgr. *h. t. n. 2*, et testetur Pellegrini *l. c. Sect. II, subs. 1*, ex praxi tribunalium ecclesiasticorum sufficere quamcumque responsionem rei oppositam actoris intentioni, unde iudici pateat propositum litem instaurandi; quare Pellegrini, *l. c. n. 1*, ait contestationem fieri posse, *expresse* vel *tacite*. — Tamen in iudiciis *ordinariis* ecclesiasticis, quia iudex litis contestationem praetermittere non debet, hinc quando ipse perspectum habeat propositum litigantium, edet decretum, quo asserat litem haberi contestatam inter partes et hinc procedendum esse ad probationes instruendas quoad obiectum litis contestatum. — Pellegrini *l. c.* tradit suetam formulam decreti. — At ad hoc deveniri non potest, quin praehabitae sint quaedam interrogationes et responsiones inter partes et instrumentorum et aliarum probationum deductiones, unde illustratur litis obiectum. Etiam in *Inst. EE. et RR. 11 iunii 1880* innuitur litis contestatio, quae obtinetur postquam sufficiens inquisitio praemissa sit in factum criminosum; ait *art. 26:* « Proceditur inde ad contestationem facti criminosi et conclu-

sionum habitarum ad retinendum accusatum criminosum, lapsumque in relativis poenis canonicis ».

418. Quoad modum praeparandi litis contestationem haec advertantur. — Greg. IX ait, non induci litis contestationem per *responsiones ad positiones actoris;* neque per *exceptiones* sive *declinatorias fori* sive *peremptorias,* ut disponit Bonif. VIII in *cap. 2, h. t. in 6* (II, 3), quare sedulo attendendum est quomodo huic solemnitati satisfaciendum sit. Iamvero plane solemnia verba non requiruntur, sed requiritur semper ut affirmatio et negatio moveant ex *animo* litigandi; non sufficit enim negâre actoris petitionem ad introducendum iudicium; requiritur vero voluntas instituendi iudicium ad repellendam intentionem actoris. Hinc sequitur:

1) *Per se* exceptiones quascumque actori oppositas litem non contestari, quia continent negationem petitionis, sed per se non continent animum litigandi. Imo nonnullae positive hunc excludunt, ut declinatoriae fori vel peremptoriae ratione *litis finitae.*

2) Neque *positiones* per se et relativae responsiones litem contestantur. — Usus *positionum* est in curiis eccles. perantiquus. *Positiones* sunt quaedam adiunctorum facti enarrationes, continentes, respective, assertiones actoris aut rei quoad facti speciem, quibus assertionibus seu interrogationibus petitur singillatim ab adversario responderi, eo consilio, ut si annuat, secernantur partes facti non controversae ab aliis controversis: ita expeditius redditur iudicium, expressius determinato litis obiecto. Ex *positionibus* enascuntur *articuli* seu *capitula.* Nam illae *positiones* seu assertiones unius partis ab altera vel partim vel ex integro denegatae, quae proinde in litis contentionem ingrediuntur, appellari solent *articuli* (1). Determinatis ita articulis seu capitibus controversiae, superest ut partes conveniant in deli-

(1) Sed istae appellationes non sunt perpetuae; imo hodie potius quam *positiones* ad determinandos *articulos* et *capitula* solent usurpari *interro-*

berationem super iisdem iudicium instaurandi, ad ineundam litis contestationem. — Obiter innuimus hanc industriam simpliciores reddendi lites in foro eccl. magno cum emolumento frequentari, et, nata occasione, semper inculcari in documentis Pontificiis; et de hoc redibit sermo. Nunc pro nostro scopo advertimus, litem partes non contestari per responsiones positionibus datas, donec significetur *animus* litigandi.

419. Litis contestatio tantummodo de *iure positivo can.* necessaria est in processu *ordinario:* non de *iure naturae.* Natura enim iudicii expostulat ut litigantes in probationibus afferendis probe litis obiectum cognoscant, non autem requirit ut conficiatur, initio iudicii, actus solemnis ad illud determinandum. Siquidem suapte natura determinatur litis obiectum in progressu contentionis iudicialis, cum uterque litigans sedulo intendat ad bene determinandam rem controversam; sed solemnitas decreti iudicis hoc negotium reddit expeditius et efficacius. Verum ius can. non exigit litis contestationem in iudiciis *summariis*, ut videbimus, et in causis *appellationis:* cf. Schmalzgr. *h. t. n. 4.*

420. Mos solemnis contestationis litis derivavit in ius can. ex iure Romano, in quo nec semper eamdem habuit naturam. Antiquitus tum in systemate *actionum legis* tum in systemate *formularum* distinguebatur procedura *in iure* a procedura *in iudicio. In iure* lis introducebatur coram *magistratu* ordinario, qui appositam instruebat actionem iudicialem: *in iudicio* postea per testes et alia probationis media quaestiones *facti* agitabantur coram *iudice* a magistratu electo et lis per sententiam definiebatur. — Litis contestatio fiebat *in iure*, imo haec primam litis periodum absolvebat, consistens in productione testium, qui prae-

gatoria, quibus determinatur in quo conveniant, in quo discrepent litigantes, unde fluit *litis obiectum*. — Interrogatoria etiam in caus. mat. facienda quae tradit obsignata *Def. mat. ex off.*, respondent positionibus: cf. Inst. S. C. Concil. *Monet Glossa* - 1840, - et in cod. cit. Greg., Sectio V inscribitur « De positionibus aut interrogatoriis iudicialibus ».

sentes cum fuerint litis introductioni et ordinationi *in iure* coram magistratu, de legitime actis et statutis testes erant. Quare Festus *De verb. sig.* scribit: « *contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: Testes estote* » (1). Diocletianus abolevit illam divisionem disceptationis iudicialis, incoeptam coram *magistratu*, absolutam coram *iudice*, tamen remansit litis contestatio etiam in iure Iustinianeo et eamque explicat *lex. 14, cod. lib. III, tit. 1*, nempe: « *Patroni autem causarum.... cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem obiectam... iuramentum praestant* ». Sub eodem respectu in ius can. pertransiit, prouti docuimus (2).

Apud Congregationes Romanas etiam hodie, quamvis non ponatur *actus solemnis* litis contestatae, nihilominus obtinet, ut solet dici, *concordatio dubiorum*, et hoc fit maxima cum utilitate ad statuendam ex consensu partium quaestionem cui Emi Iudices respondeant. Nam dubia concordantur, quando iam par-

(1) Cf. Padeletti, *Storia del diritto Romano*, Ed. pr. p. 195, 201, 393, 485.

(2) In cod. hodiernis processualibus, ut Gallico et Italico, et etiam in cit. *Regolamento giudiziario* Greg. XVI, § 564 sq. non amplius praescribitur litis contestatio, ea praesertim de causa, quia non videtur posse determinari definitive quaestio iudicialis, dein definienda a iudice per sententiam, donec actor cognoscat rationes omnes a reo opponendas suae petitioni et vicissim reus cognoscat responsiones actoris, ita ut sensim in processu litis amplificetur vel restringatur obiectum quaestionis iudicialis. — Quamvis hoc verum sit, tamen revocetur maxime per *positiones* ius can. intendere ab initio in contestatione litis limitare controversiam et definire, quantum fieri potest, ne partes extravagentur et contendant de eo quod revera controversum non est; unde contestatio litis, debito modo et non leviter facta, est semper magni momenti ad expeditam litium solutionem. Pellegrini *l. c.* docet non admodum frequentari in curiis civ. solemnem litis contestationem, sed hanc obtineri aequipollenter per usum positionum et articulorum. Hodie ex cod. hodiernis et ex praxi in more sunt interrogatoria, quae inserviunt ad determinandam rem controversam, prouti expostulat *ipsa natura iudicii*. Hunc morem refert cod. Greg. cit. sect. V.

tes utrinque sua iura et petitiones protulerunt et antequam patroni vel ipsae partes suas exarent allegationes, seu animadversiones in *factum* et in *ius*. — Cf. Santi, *h. t. n. 6*.

421. Effectus validae litis contestationis sunt varii:

1) Constituitur obiectum iudicii et hinc ipsum iudicium proprie inchoatur a lite contestata et incipit decurrere instantia iudicialis; determinatur enim intentio actoris opposita rei negationi, *l. 14. Cod. De iud.*; quare ante litem contestatam non dicitur, quis *agere* vel *petere*, sed tantum agere vel petere *velle; l. 15 ff. Ratam rem habere.;*

2) partes determinantes propriam quaestionem coram iudice animo litigandi obligantur ex *quasi contractu* ad prosequendam litem et ad omnes actus processuales inde exorientes, *arg. l. 3* § *11*, ff. *De peculio*. Potuissent enim vel transigere vel renunciare iuri suo; cum vero elegerint iudicium experiri, ex mutuo consensu se submittunt obligationibus iudicii et etiam obligationi *iudicati solvendi* (1);

3) Hinc lite contestata, in obiecto litis seu *in libello*, ut solet dici, non possunt fieri mutationes substantiales, quia esset priorem instantiam revocare et aliam instituere, sed permittuntur *accidentales correctiones*. Instantia enim iudicialis, determinato per litem contestatam illius obiecto, incipit reapse decurrere ab hac contestatione. — Quocirca biennium, quo praecipit Concil. Trid. debere absolvi instantias iudiciales, in primo gradu, aestimatur a lite contestata. — Item actiones tempora-

(1) Haec doctrina non praeiudicat publicae auctoritati iudicis, ut dubitant nonnulli recentiores reicientes veterem theoriam iuris consult. et canonist. *quasi contractus in iudicio*. Cf. Mortara, *Princ. di proc. civ. n. 9*. Nam sane iudex est persona electa ad quaestionem ex publica auctoritate resolvendam et ad regendum processum iudicialem; sed in peculiarem quaestionem in civilibus et in certas personas potestatem habet ex ipsa contendentium voluntate, cf. *cap. 3, De dolo et contum. X* (II, 14) et in eod. *tit. in 6 cap. 1*; et Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile* chap. IV.

neae efficiuntur perpetuae sensu iuris, seu durant *ad 30 vel 40 annos*, iuxta *l. ult. C., De praescript. 30 ann.*, computato termino a litis contestatione;

4) exceptiones declinatoriae fori vel iudicii dilatoriae quas opponere est in facultate partium, post litem contestatam amplius obiici non possunt; praesumuntur enim partes iuri suo renunciasse;

5) post litem contestatam actiones poenales quoad *effectus civiles* transeunt in heredes delinquentis. Nam heredes ex delicto sui auctoris semper tenentur, in quantum pervenit ad eosdem, *cap. 14, De sepulturis X* (III, 28); instituto vero iudicio. per litem contestatam, demortuo delinquente, prosequitur instantia non *poenaliter* sed *civiliter* contra heredes: ita decernitur in *Inst. Iustiniani - De perp. et temp. actionibus* § 1: « Poenales autem actiones quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint *contestatae*, et heredibus dantur et contra heredes transeunt ». Heredes enim repraesentant illius personam iuridicam, qui ad iudicium subeundum ex quasi contractu *quoad effectus civiles* se obligaverat;

6) litis contestatio interrumpit praescriptionem *longi temporis seu 10 vel 20 annorum: arg. l. 26, C. De rer. vind.*: dum longissimi temporis praescriptionem interrumpit sola citatio: arg. *l. Quum notissimi C. De praescript. 30 vel 40 ann.;* triennalem vero pro rebus mobilibus, *ordinarie*, non interrumpi accidebat nec per litis contestationem ex *l. 2,* § *fin. ff. Pro emt.* — Quod si aliquis non valeat, aliquo detentus impedimento, litem inchoare, meliore modo quo potest, publice protestetur vel apud iudicem vel apud notarios vel apud testes, se velle nihilominus praescriptionem impedire; ex *l. 2 et ult.* Cod. *De annali except.* (1). Has iuris romani subtilitates in

(1) Haec innui, quia apud canonistas passim referuntur hae praescriptiones quasi adhuc plene vigeant.

foro eccl. pro rebus ecclesiasticis non amplius vigere, potius dicendum est; et hinc cautum vero fuit praescriptionem brevioris vel longioris temporis interrumpi per iudicii institutionem seu citationem aut per publicam aequipollentem protestationem. Pro rebus vero civilibus et appositis iuribus, quisque civili iure utatur: cf. Lehmkuhl, *V. I, n. 324*, et Reiff., *De praescript. n. 206 sq.*;

7) post litem contestatam fit locus iuramento calumniae aut de veritate dicenda iuxta regulas supra expositas; per litis enim contestationem negotium litigiosum iam est adeo determinatum, ut congrue partes invitentur ad spondendam suam fidem ex plena causae cognitione. Unde reus, qui lite contestata detrectat praestare iuramentum calumniae, haberi debet pro confesso; actor vero ab instituta cadit actione; arg. *c.* 7, § *1*, *De iuram. calum. X* (II, 7).

CAPUT I.

DE LITE NON CONTESTATA NON PROCEDATUR AD TESTIUM RECEPTIONEM VEL AD SENTENTIAM DEFINITIVAM.

Huc referat. tit. 6, L. II, X.

Summarium. — 422. Hic continetur consequentia regulae iam statutae — 423. Quomodo prohibeatur instructio probationum et sententia def. ante litem contestatam. — 424. At fit exceptio si testes sint valetudinarii et senes. — 425. Vel recipi debeant *ad futuram rei memoriam*. — 426. Sententia *definitiva* in causis de *contracto* coniugio vel carnali vel spirituali dari potest ante lit. contes. — 427. Maxime hoc fit in causis *summariis*. — 428. In aliis causis.

422. Haec rubrica *tituli 6, lib. II, X*, quippe continens sensum perfectum atque absolutum, plenum habet legis vigorem. In Collectionibus iuris romani titulus huic correspondens non invenitur, qui primo reperitur in Coll. III authentica Inn. III et repetitur in Collec. Gregorii IX in *tit. 6, lib. II*, per verba supra expressa. — Verum haec praescriptio sane est consectarium praescriptionis in praecedenti titulo statutae. Siquidem litis contestatio eo spectat ut litigantes, antequam deveniant ad probationes, expresse conveniant in determinando negotio litigioso, cui inniti debet tota processus instructio.

423. Verum in rubrica tituli tantum sermo est de receptione testium, memorata specie pro omni genere probationum. Testes enim *iure rom. et ex iure can.* potiorem et principem suppeditabant probationem. Interdicta vero testium receptione, eo magis prohibetur sententiae prolatio, lite non contestata. At explicita mentio fit de sententia definitiva ad excludendas sententias non *definitivas* seu *interlocutorias*. Namque quaestiones praeiudiciales, exceptiones dilatoriae et nonnullae peremptoriae definiendae sunt ante litis contestationem.

424. Verum ipsa experientia docuit, aliquoties derogandum esse rigori iuris, quando nempe litis contestatio fieri non possit et aliunde necessitas urgeat procedendi ad ulteriora. Hinc regulae generalis in *cap. 5 h. t. X* prima facta est exceptio *quoad testium receptionem*, hoc decreto: « Quoniam frequenter in dubium revocatur a multis an lite non contestata testes recipi valeant, auctoritate praesentium duximus declarandum, regulariter verum esse quod lite non contestata non est ad receptionem testium procedendum. Nisi *forte de morte testium timeatur vel absentia diuturna, in quibus casibus* .... (ne veritas occultetur et probationis copia fortuitis casibus subtrahatur) *senes et valetudinarii et alii testes* (de quibus ex aliqua rationabili causa timetur), etiam lite non contestata, sunt procul dubio admittendi, seu pars conventa sit contumax, seu sit absens absque malitia et conveniri non possit ». Sed cavendum erat ne huiusmodi testium receptiones fierent ad eludendas adversarii legitimas exceptiones; quod Innocentius III in hoc cap. advertit, aiens: « *ne forte hoc procuret* (pars testes producens) *in fraudem, ut processu temporis exceptiones legitimae ad repellendum testes, vel aliae locum habere non possint* »; quare haec iubet Pontifex, nempe: « *si actor non convenerit adversarium intra annum, ex quo convenire poterit vel saltem receptionem huiusmodi testium non denunciaverit illi, attestationes sic receptae non valeant* .... » (1).

425. In § 5 *eiusd. cap.*, item *quoad testium receptionem*, hoc decernit generaliter Pontifex: « Sunt et alii casus similiter speciales in quibus absque litis contestatione legitime possunt testes produci »; et maxime alludit Pontifex ad causas criminales, quas instaurat iudex procedendo *ex officio* ad inquisitionem in testes.

(1) Iure merito Abbas *in hoc caput* advertit hanc nullitatem non esse *absolutam*, sed *relativam* seu urgendam a parte, cuius interest; secus censetur exercitio huius actionis renunciatum fuisse.

Pro re nostra praecipue adverti debet, huiusmodi receptionem fieri posse *extraiudicialiter* omnino, seu antequam lis moveatur, eo consilio, ut casu litis promotae non desint attestationes pone necessariae ad litem dirimendam, quae nisi recipiantur ante litem, postea forsan, demortuis testibus, amplius produci non possent. Tunc dicitur recipi attestatio *ad perpetuam rei memoriam.* — Huc spectant testium receptiones factae in condendis instrumentis. Huiusmodi casus expresse innuitur ab Inn. III in *cap. 41 De test. et attest. X* (II, 20), in quo agebatur de renunciatione iuris patronatus facta a nobilibus quibusdam viris in Dioecesi Sabinensi, qui illud acquisierant quamdam Ecclesiam aedificantes et dotantes. Ne renunciationis obliterata memoria, postea fundatorum heredes sibi ius patronatus vindicarent, Ecclesiae rector petiit a iudice ut testes reciperet ad facti perpetuam memoriam. Sed iudex dubitans ne testium receptioni obstaret defectus litis contestatae, Pontificem consuluit qui respondit: « *Quocirca mandamus, quatenus testes idoneos, quos ipse super hoc duxerit producendos, examines diligenter et eorum dicta in publica redigi facias monumenta, denunciando fundatoribus antedictis vel eorum heredibus ut receptioni testium si velint intersint: et super denunciatione sic facta, confici facias publicum instrumentum* » (1). Quam in dispositionem duo praecipue advertantur:

1) hac ratione, in genere solere, quoad certa facta, utputa initos contractus, praeconstitui instrumentum probatorium ad rei perpetuam memoriam, et ad repellendam contrariam impetitionem seu instantiam maxime iudicialem.

2) Nihilominus, etsi negotium agitur extraiudiciale, pars cuius interest convocanda est, quando scripto instrumento committuntur testium depositiones, ut ipsa sive in testes sive

(1) In codicibus hodiernis fere iisdem verbis exprimitur hoc institutum. Cf. Cod. cit. Greg. cap. IV, *Dell' esame a futura memoria*, art. 683 seq.

in testium dicta excipiendo, attestationes refutare possit. Si non conveniatur, fraudis praesumitur fallacia; quare consultissime Pontifex monet ut « *super denunciatione sic facta* (nempe super citatione alteri, cuius interest, remissa) confici facias publicum instrumentum »; seu in ipso instrumento inseri debet autentica attestatio de congrue relata denunciatione, adeo ut si pars rite commonefacta venire neglexerit, amplius audiri non debeat, quando contra iam receptas attestationes postea in iudicio vel extra iudicium excipere contendat.

426. Hactenus de testium receptione: quid iuris de sententia definitiva? Decernit Pontifex Inn. III in eodem *cap. 5* § *1 h. t. X* quod in causis celerem expeditionem requirentibus, quales sunt causae de matrimoniali vinculo, de valore collationis beneficii parochialis et de aliis similibus negotiis, « *si contumax apparuerit* is in quem fuit actio dirigenda, seu quia, peremptoria citatione recepta, venire contemnit, seu quia malitiose se occultat, seu quia impedit ne possit ad eum citatio pervenire; testes, lite non contestata, sunt merito *admittendi et nihilominus* (*si de causa liqueat*) *ad definitivam sententiam procedendum* ». At sedulo advertatur, Pontificem hic agere exclusive de valore *coniugii iam contracti sive carnalis sive spiritualis*, ut ipse ait, et de casu *contumaciae* alterius partis; contrarium decernens, si legitima de causa absens fuerit, seu absque contumacia; scilicet tunc expectandam esse partem eamdemque urgendam esse ad litem contestandam per poenas et remedia, quibus contumaces compescuntur; arg. *c. c. 1 et 3* § *6 h. t. X.*

427. Sed rigor regulae generalis magis emollitus fuit per celebres Const. Clem., nempe *Dispendiosam De iud.* (II, 1) et aliam *Saepe contingit, De verb. sig.* (V, 11), eo praecipue consilio, ad restringendam « *Dispendiosam* litium prorogationem, quam interdum ex subtili ordinis iudiciarii observatione causarum, docet experientia provenire .... »; ait *cit. Clem. De iud.* - Hisce constitutionibus institutus fuit ordo iudiciorum *summa-*

rius seu *oeconomicus* pro iis causis et causarum generibus expressis in *Clem. cit. De verb. sig.*, quas inter recensentur etiam matrimoniales, quippe omnes celerem cupiunt expeditionem. Verum ne celeritas praeiudicium pareret maturae deliberationi tanti negotii, quum in foro eccl. frequentiores hae evaserint ad matrimonii impugnandum valorem. sedulo observari debent Const. Bened. XIV *Dei miseratione* et aliae Instructiones has causas respicientes; quin tamen derogatum sit privilegio ut hae causae *ritu summario* agitentur (1). Nam huiusmodi constitutiones non praescribunt processus ordinarii solemnitates; sed nonnullas proponunt observandas cautelas et speciales probationes exquirendas omnino proprias et accommodas huiusmodi causis; sed de his suo loco expresse agemus.

428. Per Const. Clementinas derogatum esse iuri Decretalium in hoc titulo enunciato, edocuit S. C. C. in celebri causa Monacensi' *diei 23 Ianuarii 1875;* in qua responsum prodiit contrarium praescriptioni *cap. 1 h. t.*, decernenti, ***non posse***

(1) Bouix, *De iud. eccles. II p. 415,* censet per Const. *Dei miseratione* causas de valore coniugii pertractandas esse ritu *ordinario*, non *summario*, prouti antea fiebat ob Const. *Clem.* — Sed haec sententia neque iuris principiis neque praxi conformis est. Nam *Clem. Dispendiosam* nullibi reperimus derogatam in Const. *Dei miseratione*, quae tantum praescribit quasdam cautelas in probationibus exquirendis, sed solemnitates ritus formalis non inculcat. Hinc ex communi curiarum praxi unquam reprobata a S. Cong. Concilii, processus in hisce causis confici solent, ritu summario, nempe non servata litis contestatione, aliisque praetermissis solemnitatibus propriis processus *ordinarii.* — Pellegrini *op. cit. De causis summariis n. 3* ait apposite: « *Sunt causae summariae quae requirunt plenas probationes et sunt tantum summariae quoad solemnitates vel aliquas earum, non vero quoad probationes necessarias in causa* ». Haec distinctio prae oculis habenda est, ut recte explicentur, quae disseruntur *in folio* causae *Tranen. sponsalium die 29 Ianuarii 1859,* § *Denique,* et apposita resolutio S. Cong. Concil. — Hoc examussim quadrat in causas matrimoniales. Cf. Feye, *De imped. et disp. mat. n. 593.*

testes recipi et sententiam dari in causis matrimonialibus de separatione tori et cohabitationis, etiamsi alius sit contumax, qui ad comparendum cogendus est per excommunicationem. — Facti species in causa Monacensi haec erat. In regionibus praesertim Bavaricis, prouti hodie passim in Europa evenire solet, viri, relictis uxoribus, in Americam transeuntes nullum amplius sui nuncium dant. Exinde consuetudo apud Curiam Monacensem invaluit ut uxores iudicem adirent, et testium exhibitis depositionibus comprobarent, viros iamdiu abiisse eorumque ignorari domicilium proindeque obtinerent divortium semiplenum. — Siquidem Curia Archiepiscopalis, mature perpensis huiusmodi attestationibus, viros citabat ad comparendum sive per se sive per procuratorem intra congruum tempus, citatione per publicum edictum edita, eaque per publicas ephemerides, de more, evulgata. Si praterlabatur inutiliter tempus in citatione adsignatum, procedebat in causae cognitionem usque ad sententiam divortii definitivam. Huic sententiae adhaerebat laicum tribunal; dein pronuncians suam sententiam de effectibus civilibus. Huiusmodi procedendi rationem reprobandam esse (1), ratus est Revm̃us Archiep. quippe non consonam legi enunciatae in *rubrica h. tituli* et *cap. 1 cit.* Sed ceteri Episcopi sese opposuerunt, quamobrem recursus habitus est ad S. C. Concilii, quae censuit, praxim curiae Monacensis confirmandam esse. Huic decisioni praemissa fuit consultatio cl. Iurisconsulti Eminentissimi Mertel, qui doctum exaravit votum, perpendens ius Decretalium partim correctum fuisse per Clementinas de *iudiciis summariis* et partim applicari non posse, ob mutata tempora, quum a remedio excommunicationis fere nullus spe-

(1) Proposito dubio « *An parte absente citata per edictum seu programma, eaque non comparente testes recipi et examinari possint, et sententiam definitivam pro separatione maritali ab habitatione et thoro liceat proferre* ». S. Cong. respondit: « *In voto* ».

rari possit fructus ad frangendam contumaciam si haec habeatur; quae tamen adversus agentem in longinquis locis aliquando certe constitui non potest ob dubium an nuntia et citationis decreta ad aures pervenerint citati (1).

(1) Demum ad intentionem iuris Decretalium perspiciendam, iuvat animadvertere *in ipso cap. 1 h. t.* Pontificem Innocentium III recognovisse, causas matrimoniales exquirere particularem aliquando processum et celeriorem; sed solummodo quando agitur *de valore vinculi matrimonialis*, non de aliis connexis causis; en verba: « Consultationi vestrae taliter respondemus quod licet ordo iudiciarius in aliis controversiis sit servandus, et in matrimonialibus causis non usquequaque servetur; quia tamen in praesenti negotio non est actum de foedere matrimonii sed de crimine adulterii (per quod ad separationem coniugii, non ad coniunctionem intenditur), quia lite non contestata testes etc. ». Exinde patet ratio facilis progressus ad hodiernam praxim.

TITULUS IV.

DE CAUSA PROBATIONIBUS INSTRUENDA SEU DE PERIODO LITIS PROBATORIA.

Summarium. — 429. Contestationi litis succedit probationum productio. — 430. Causae *civiles* instruuntur ad *instantiam* partium; criminales vero vel *ex officio* a iudice, vel a cive vi *actionis popularis*. — 431. Explicatur modus quo evolvuntur probationes sive per instructionem *scriptam* sive per contentionem *oralem*. — 432. Quomodo iudex assignet *terminum probatorum*. — 433. De contentione orali.

429. Per litis contestationem negotium controversum in iudicio *ordinario* expresse definitum et certa formula conceptum iam est apte paratum iudiciali contentioni. — Exinde aperitur periodus litis probatoria. Antea enim a partibus vel fiunt allegationes probationum ad dirimendas quaestiones incidentes, quas innuimus, vel argumenta litis inter se conferunt litigantes, ut pateat quid reapse iudiciali definitioni subiiciendum sit.

430. Nos loquimur de causis civilibus, quae *ad instantiam partium* suscipiuntur definiendae a iudice, quaeque proinde in omni parte procedunt iuxta partium petitionem. — Quamobrem illud tantum in hisce causis habetur iudiciali examini obnoxium, quod partibus placet in controversiam adducere. — Aliud observatur in iudiciis criminalibus aut aliis similibus causis, quae *ex officio* a iudice introducuntur et definiuntur, aut a privatis *actione populari* instaurantur. quas tamen iudex *ex officio* moderari debet, illud decernendo quod publico bono magis conveniat. — Haec, data opera, explicabimus in tractatu *De iudiciis criminalibus*.

Modo declarari debet quanam methodo probationes instruantur in iudicio civili.

431. Iam advertimus ex iure positivo can. adhiberi mixtum systema, nempe *scriptum* et *orale* in processu evolvendo; sed in propositum explicandum est quonam modo et ordine probationes afferantur, et quando locus fiat probationibus scripto relatis et quando concertationi viva voce explicatae.

Iamvero quoad modum afferendi probationes, in primis, advertatur, duplici ratione has posse produci. Nam vel ipsi litigantes sibi invicem communicant probationum species et appositas allegationes et animadversiones, iudicis officium expostulaturae pro definitione iudicii, quando arbitrantur, causam esse probationibus sufficienter instructam eamque solutioni paratam. Nihilominus in ipso decursu instructionis partibus necessitas se offerre potest impetrandi iudicis officium vel ad dirimendam quaestionem incidentem, veluti an adsint sufficientes causae ad recusandum, uti suspectum, procuratorem, vel ad obtinendam aliquam speciem probationis, nimirum ut iudex testes interroget aut viros peritos deputet (1).

Sed alio systemate procedi valet in causa per probationes instruenda. Siquidem iudex ipse potest constitui moderator instructionis causae, adeo ut probationes omnes *immediate* iudici offerantur, cuius est adversarium admonere de allatis argumentis, ut contra dicat et se congrue defendat. — Uti patet, ex simplici enunciatione, hoc systema indoli magis congruit iuris can., prouti iam perpendimus explicantes modum *in ius vocandi*, seu edendi citationem. Haec enim in foro eccles. non a privato cive adversus alium editur, sed ipse iudex sibi assumit negotium *in ius vocandi*, et dein, eadem ratione, prosequitur

(1) In codicibus hodiernis iud. civilibus praevalet hoc systema; litigantibus vero pro sibi conferendis, ad invicem, instrumentis et appositis petitionibus et responsionibus praesto est opera publici officialis seu apparitoris, qui actu legitimo fidem facit de actibus iudicialibus expletis a litigantibus ad causam instruendam. Cf. Mattirolo *op. cit. volumen III*, *n. 483 seq.*

causae tractationem, omnia acta directe, sua auctoritate, moderando.

432. Quare iudex eccles., lite contestata in iudiciis *ordinariis*, assignat *terminum probatorium*, seu tempus assignat opportunum, ut urgeat litigantes ad litem citius instruendam: cf. Pellegrini *l. c. subs. 3* inscripta *De termino probatorio.*

Hic terminus in iudiciis civilibus assignandus, determinatur ad instantiam partium, et faciliter prorogatur instante parte, quae doceat suas probationes nondum explicare omnes aut producere potuisse. Cf. *c. c. 8 De proc. X* (I, 38); *5 infra De causa poss. X* (II, 12); 11 *De prob. X* (II, 19); *9, 10 De fid. inst. X* (II, 22) (1).

Suapte vi instructio scripta continetur in probationibus scripto confectis, uti sunt ex. g. instrumenta emptionis et venditionis et in attestationibus vel partium confessionibus in acta

(1) Unum et alterum textum ex Decretalibus iuvat referre, quibus comprobantur dicta. Iudicem debere iam ab initio litis cavere ne in offerendis exceptionibus dilatoriis partes nimium insumant tempus aut colludant, docet *cap. 4 De except. X* (II, 25) praescribens: « Quoniam per dilatorias exceptiones malitiose nonnunquam causarum terminatio prorogatur, inquisitioni tuae taliter respondendo, decernimus, *ut intra certum tempus a iudice assignandum omnes dilatoriae proponantur*; ita quod si partes ex tunc voluerint aliquas opponere quas non fuerint protestatae, nullatenus audiantur; nisi forte aliqua de novo sibi competens exorta fuerit; vel is qui voluerit eam opponere, fidem faciat iuramento, se postmodum ad illius notitiam pervenisse ». Clem. V in cit. Const. *Saepe contingit*, inter *Clem. 2, X* (V, 11) ita describit *terminum probatorium*, qui aeque servatur in processu *ordinario et summario: « Et quia positiones ad faciliorem expeditionem litium propter partium confessiones et articulos* ad clariorem probationem usus longaevus in causis admisit: nos usum huiusmodi observari volentes, statuimus ut iudex sic deputatus a nobis (nisi aliud de partium voluntate procedat) ad dandum simul utrosque, terminum assignare possit et ad exhibendum omnia acta et munimenta, quibus partes uti volunt in causa post dationem articulorum diem certum, quandocumque sibi videbitur, valeat assignare etc. ».

redactis a cancellario, quae omnia confici debent intra terminum probatorium. Dein inchoatur disceptatio scripta, quae absolvitur in allegationibus et animadversionibus, quas quaeque pars deducit in scriptis ad explicanda argumenta litis eaque interpretanda ad normas iuris. — Contentio autem *oralis* complet et absolvet periodum disceptationis probatoriae.

433. Partes enim vel earum procuratores, in audientia, referunt summatim omnia allata et probata in iudicio et inde deducunt conclusiones tum *in iure* tum *in facto*, unde enascitur discussio ob responsiones ab una parte obiectas alterius partis argumentis. — Iudex maxima prudentia et suo imperio moderatur huiusmodi contentionem, ne fiat confusio et ne cavillationibus et sophismatibus obscurentur quae iam perspecte in probatis existunt. Quare ipse iudex ex allatis et probatis citat et recolit *ea facta* quae videntur sufficienter probata, ea vero quae *iuris* sunt ipse allegat et applicat, sive partes explicaverint recte quaestionem *iuris* sive praepostere deduxerint iuris principia; siquidem iudicis est applicare *ius* etiam supplendo aut corrigendo partium allegationes, uti explicavimus *cap. II, n. 72, De off. iud.* Praxim fori eccl. tradit Pellegrini *op. cit. l. c. subsectione 13* inscripta *De monitione ad allegandum in iure et in facto*, et ait huiusmodi disputationem congrue inservire ad *informandum animum iudicis*, quando haec parce (1) fiat, resecatis superfluis ambagibus et verborum concertationibus.

Suapte vi, uti advocatorum orationes scriptis exarantur iam absoluta probationum instructione, ita vivae vocis contentio est postrema pars processus iudicialis ante sententiam definitivam. — Sed quaeritur, an nova argumenta probationum afferri possint, quando partes sive scriptis sive viva voce suas confi-

(1) Apud SS. Cong. RR., quae iudiciali ordine dirimunt negotia, instructio causae et probationum deductio ex integro scriptis fiunt, sed ante definitionem, Emi iudices admittunt partes aut eorum advocatos ad *informationem* seu ad oralem disputationem.

ciunt defensiones, commentando probationes iam allatas aut ius interpretando? (1).

Ius can. hoc non vetat, at nemo non videt, rem esse periculi plenam ne in infinitum causae protrahantur, et ne fiant fraudes, utputa producendo sub fine huius contentionis argumenta efficaciora, ad subvertendas omnes allegationes alterius partis. Hinc assignatur terminus probatorius. — An et quomodo huic termino fieri possit aliqua prorogatio, dicemus agentes *De conclusione in causa*.

(1) In cod. civ. iudicial. ital. adamussim distinguitur instructio *scripta* a contentione *orali*, adeo ut illa absoluta incipiat disputatio oralis, in qua novae probationum species afferri non possunt. Quamvis hic rigor non habeatur in aliis codicibus, tamen omnes student ad praefiniendum et assignandum certum tempus et modum probationibus afferendis, ut dein distinguatur alia periodus, in qua de iisdem scripto et verbis disputatur. Cf. Mattirolo *l. c.*

TITULUS V.

DE PROBATIONIBUS.

Huc referat. tit. 19 h. II, X.

Summarium. — 434. Traditur notio probationis. — 435. Quomodo constituantur probationes *legales*, quos inter eminet *praesumptio* iuris. — 436. Probationes *ratione modi*, quo obtinentur, distinguuntur in *directas*, et *indirectas*. — 437. Probationes *ratione effectus* distinguuntur in *plenas* et *semiplenas*. — 438. An et quomodo probanda sit haec distinctio. — 439. Explicatur principium *onus probandi actori incumbit seu aliquod factum asserenti*, reiiciendo exceptionem quae huic regulae fieri solet, quando *iuris praesumptio* actori favet.

434. Modo probationis genericus conceptus explicandus est. Probatio ita definitur: *Rei dubiae et controversae per legitima argumenta iudici facta ostensio*. Dicitur:

1) *rei dubiae et controversae*, siquidem partes *factum* probare debent non *ius*, quod iudici supponitur exploratum.

2) *Iudici* probationes fiunt, non alteri parti; iudici enim ostendenda sunt facti adiuncta, ut sibi moralem de re persuasionem comparet. *Alteri* vero *parti* probationes debent patefieri, ut se defendat.

3) Sed probatio fit *per legitima argumenta*. Probatio enim, prout est actus iudicialis, debet subesse ipsi ordinationi iudicii et ita distinguitur a simplici medio naturalis cognitionis.

Revera ius naturale, in propositum, praeciperet quamcumque probationem, opportunam cognitioni causae, *legitimam* esse et per consequens in iudiciali causa admitti debere; sed e contra ius positivum, ne probationum fiat abusus, limitavit modum et usum probationum; et ne lites fiant perpetuae, quasdam probationes impugnari vetuit.

435. Exinde enascuntur *probationes legales* seu *legitima argumenta*. Namque praescribit lex positiva, ex. c., certas per-

sonas testes esse non posse, testium certas productiones et certo modo fieri posse et non plures nec aliter. — Praesertim *probationibus legalibus* accensendae sunt *praesumptiones iuris*. Conceptus praesumptionis habetur in *reg. iur. 45 in 6: « Inspicimus in obscuris quod est verisimilius vel quod plerumque fieri consuevit »*. Hinc *iuris* est *praesumptio*, quae legibus est expressa, scilicet, quando suppositis quibusdam facti qualitatibus *lex* seu ius commune aliquid coniicit. Veluti ius praesumit, aliquem renunciare velle exceptioni dilatoriae, quam non opponit ante litem contestatam. Haec praesumptio seu conclusio, ex certis indiciis ab ipso iure deducta, est species probationis. — Cui probationi aliquoties ius tantam impertit vim, ut non admittat probationem contrariam seu impugnationem conclusionis vi praesumptionis inductae; et tunc praesumptio dicitur *iuris et de iure*, adeo ut proinde praesumptio *pro veritate* habeatur. Sed frequentius praesumptio *iuris* est simplex, seu potest contrariis probationibus impetiri, quare dicitur *praesumptio iuris* tantum.

Ex eodem principio et e fronte praesumptionum iuris exoriuntur praescriptiones *hominis* seu iudicis, ita dictae quia non in iure communi reperiuntur expressae sed ex naturali *inductione* iudex easdem inducit, positis certis factis. Inest enim ea vis humanae rationi et humanis rebus, ut ex uno alius coniici possit eventus; quare passim homines iudicant praesumptionibus innixi.

436. Dividuntur *primo* probationes *ratione modi*, quo obtinentur et in iudicium proferuntur, in *probationes directas* seu *proprie dictas* et *indirectas* seu *praesumptiones*.

a) Probationes *proprie dictae*, sunt quae *directe* scilicet suapte natura proveniunt ex actu *expresse ordinato* ad probationem constituendam, id est, proveniunt vel ex quodam facto in iudicio constituto ad probationem obtinendam, vel ex facto ipsi iudicio praeconstituto seu extraiudiciali, cuiusmodi sunt testium depositiones exceptae ad *perpetuam rei memoriam* et quodcumque aliud instrumentum ad rei probationem confectum.

Quapropter etiam argumenta probationum, si sint efformata extra iudicium seu sint *extraiudicialia*, tamen sunt probationes *directae*, quando immediate ex se aliquid probant. Probationes quae in ipso iudicio constituuntur, sunt *confessio*, *testimonium*, *iuramentum*, *peritia*, *accessus iudicialis*.

b) *Praesumptiones*, e contra, *indirecte* in probationem concurrunt, quia proveniunt et deducuntur ex factis non constitutis, ex partium destinatione, ad probationem instruendam (1).

437. *Secundo* probationes *ratione effectus* seu vis, quam habent, dividuntur in probationem *plenam* et *semiplenam*. — Plena probatio est *quae rem evidenter ostendens* iudici persuasionem iniicit, iuxta quam controversiam definire debet. — Semiplena *aliquam facit fidem sed non plenam ac potius ingerit opinionem;* proindeque non est apta ad definiendam controversiam.

Nonnulli, ut videre est apud Schmalzgrueber *h. t. n. 14*, subdistinguunt *semiplenam* in probationem *plusquam semiplenam et in minus quam semiplenam;* sed satius est abstinere ab istis subtilitatibus, quae si *abstracte* aliquem habent valorem, quoad *praxim* sane potius nocent quam prosint. Nam non valet, in casu concreto, perpendi et applicari vis istarum subdivisionum. Siquidem unum argumentum nihil vel parum probans in certa causa, in alia, ob mutata rerum adiuncta, plenissime aliquando probat. — Adest, ex adverso, periculum ne iudicis animus retrahatur a vero, nempe a genuina factorum consideratione per has regulas nimis absolute a canonistis enunciatas, legum auctoritate et factorum enarratione firmatas (2). — Quandoquidem iudex, in singula facti specie,

(1) Cf. Bentham *Des preuves*, vol. I; Mittermaïer *Traités des preuves;* et Bonnier *Des preuves, Introduction*. Ricci, *Delle prove*.

(2) Nemo non videt quam facile hae regulae irrepserint apud canonistas, postquam textus iuris can. continetur in praescriptionibus ita enunciatis ut aliqua *facti specie* involutae sint.

debet peculiaria rerum adiuncta pensare ad sinceram rei notitiam hauriendam, quae sane non scatet ab examine et observatione alicuius regulae universalis.

438. Adverti vero debet has regulas, in propositum, *enunciari* et *tradi* a *canonistis*. — In textu enim iuris hae non reperiuntur et dumtaxat *obiter*, in nonnullis fragmentis, in enarrandis actibus cuiusdam peculiaris iudicii advertitur *plene* non fuisse probatum sed *semiplene*. Veluti, ex. c., in *cap. 4 De in int. rest. X* (I, 41) asseritur: *Licet autem de fraude taliter perpetrata per huiusmodi iuramentum non constet ad plenum etc.*; et in *cap. 6 De frig. et malef. X* (IV, 15) advertitur: *Quamvis igitur semiplene nobis expresseris quomodo dicta mulier se promiserit continentiam servaturam etc.* ». Quae loquendi rationes nullam regulam dictant iudici, neque mensuram et pondus probationum abstracte determinant, sed exprimunt quod rerum natura continetur et communi eloquio usurpatur, nimirum aliquando probationes *plene* et evidenter rem ostendere, aliquando *non plene*. — Exinde recognoscunt canones necessitatem *supplendi* defectum probationis non *plenae* per aliam probationem; utputa per iuramentum *suppletorium*, uti docebimus in tit. *De iureiurando*.

Iudicium autem, in singulo casu, de probationum vi earumque aptitudine ad controversiam definiendam totum relinquitur conscientiae iudicis, qui *usque ad prolationem sententiae debet cuncta rimari;* ex *cap. 10 De fid. inst. X* (II, 22); qui non *abstracte* et *doctrinaliter* ad unam tantum *speciem probationis applicet mentem suam sed ex confessionibus, depositionibus, allegationibus et aliis quae in eius praesentia proponuntur, formet animi sui motum etc.*, uti docet *cap. 6, De renunciat. X* (II, 9). Unde in *cap. 1 De sent. et re iud. in 6* (II, 14) gravibus poenis multatur iudex edens sententiam *contra suam conscientiam*.

Nihilominus iudex rei controversae notitiam sibi comparat

per *legitima argumenta*; quare in causis definiendis tantum *acta et probata in iudicio* prae oculis habere debet, et probationibus eo modo et tempore utendum est, prouti a iure iudiciali praescribitur. — Praeterea una probationum species ab ipso iure in sua vi determinatur, huiusmodi sunt *praesumptiones iuris;* item nonnullae causae iuris favore fruuntur; et has innuimus in *cit. cap. De off. iud. n. 72 sq.*

Hae sunt iuris posit. praecepta quae ius faciunt inter partes quaeque proinde iudex prae oculis habere debet in dimetiendis iuribus litigantium (1).

439. Onus probandi, ut iam docuimus, incumbit asserenti aliquod factum seu, *ordinario,* actori; sed etiam reo, si excipiat. — Huic regulae passim apud DD. fit exceptio, pro casu videlicet quo aliqua *iuris praesumptio* militet favore actoris:

(1) Adnotari haec praestat, quia sub fine saeculi praeterlapsi et nostra aetate, cum coeperint enixe excoli doctrinae iuris iudicialis, huius scientiae cultores quamplurimi incusarunt ius canonicum, quasi hoc introduxerit ridiculum quoddam probationum mechanicum systema, ex quo iudices non sua persuasione sed materialiter ex praeconceptis regulis, praecipue *in criminalibus,* reum condemnabant vel absolvebant. Accusationibus et iurgiis praesertim impetunt hi scriptores, quasdam regulas deduci solitas a divisionibus supra citatis; nempe ex duabus semiplenis probationibus plenam effici, si duae semiplenae in idem conspirent; semiplenae si addatur minusquam semiplena probatio et aliquod indicium vel probationis adminiculum, haberi probationem plenam, et alia huiusmodi, quae videri possunt apud Comm. Decr. in hunc tit. — Cf. Mayer, *Esprit origin et progrès des institutions judiciaires etc.* lib. 2, cap. 14. — Voltaire, *Commentaire sur le livre des delits et des peines,* ita scribebat: « A Toulouse on admit des quarts et des huitiems de preuves. On y peut regarder, par exemple, un oui-dire comme un quart, un autre oui-dire plus vague comme un huitième, de sorte que huit rumeurs qui ne sont qu'un écho d'un bruit mal fondé peuvent devenir une preuve complet ». Praeterea iuristae graves, quales Faber, *De error. pragat. dec. 19 er. 1,* et Donellus, *Ad tit. pandect. De iureiur. cap. 11, n. 3 seq.* vehementer improbarunt divisionem probationum in *plenas* et *semiplenas.* — Ipse Schmalzgr. *h. t. n. 8 et 9* memorat has difficultates easque refutat iis

tunc enim probandi onus transfertur in reum; ex. g. si parochus iudicium instauret ut decimas sibi vindicet intra fines paroeciae adversus alium hoc ius iam exercentem, hic non ille cogitur docere quo iure decimas sibi arroget: *arg. cap. 2 De rest. spol. in 6* (II, 5); cf. Reiffenstuel *h. t. n. 126.* Imo si actor, in sui favorem, invocet praesumptionem *iuris* et *de iure*, utputa, *rem iudicatam*, conventus non admittitur ad contrariam probationem seu ad impugnandam *rei iudicatae* auctoritatem. — Verum hoc non videtur constituere ius singulare, siquidem *iuris praesumptiones* sunt *species probationis*. Quare actor aliquid petens innixus huiusmodi praesumptionibus iam probavit suam intentionem, quam obtinebit, nisi conventus iuris praesumptionem contrariis probationibus non refutaverit. Proinde non videtur admittenda illorum sententia, qui respondent quaestioni:

verbis, quae dum ex una parte demonstrant *abstracte* solido fundamento has divisiones non carere; alia ex parte patefaciunt aliquem defectum *applicationis* huius systematis, quatenus a DD. urgebatur fere ad indolem computationis mathematicae; en verba: « *ex divino humanoque iure duo testes omni exceptione maiores, faciunt plenam fidem: ergo unus illorum semiplenam; nam quod iuris est in toto quoad totum, id est etiam in parte quoad partem, consequenter datur semiplena probatio* ». Iamvero negari non potest, duas probationes non plenas, si insimul conspirent, posse se mutuo complere et efficere plenam probationem, uti nemo negabit, plura indicia seu imperfectas probationes insimul congesta aliquando constituere plenam probationem, nihilo secius non possumus diffiteri, esse admodum periculosum in re probatoria tradere quasdam regulas nimis generales et absolutas ad aestimandam probationum vim, quarum valor est semper *relativus*, et *concretus*. Proinde est cum primis verisimile, praesertim in re criminali, talia principia faciliter adduxisse in errorem iudices leviter considerantes naturam istarum regularum. Sclopis, *Storia della legisl. italiana, vol. I, cap. 6.* — Canonistae vero sedulo explicantes singulae probationis indolem et regulas suggerentes et varia exempla ad illius vim recte pensandam, exprimunt sapientiam iurisconsultorum rom. et fori iurisprudentiam et hinc si recte intelligantur huiusmodi praecepta, iudicis animum educunt et illustrant.

cuinam onus probandi incumbat, per hoc principium; nempe *illi inhaerere onus probandi contra quem ius praesumit;* ita cl. Santi *h. t. n. 8*. Siquidem verum est hoc principium; sed aliud supponit altius; scilicet « semper onus probandi ei incumbit qui dicit », *l. 2 ff. De probat.*. Atqui necessario probatio habetur in ipsa *iuris praesumptione* actori favorabili, quam reus contrariis probationibus impetere et vincere debet ad actoris intentionem repellendam, secus condemnabitur.

TITULUS VI.

DE CONFESSIONE.

Huc ref. tit. 18, lib. II-X.

Summarium. — 440. Quomodo confessio sit species probationis. — 441. Traditur confessionis *iudicialis* definitio. — 442. Quare in collectione Greg. IX titulus *De confessis* praeponatur titulo *De probationibus.* — 443. Sed confessio post litem contestatam provocatur ab eo qui aliquod factum probare debet; quod factum si adversarius fateatur, iam probatione amplius non indiget. Confessio provocatur per *positiones* aut per *interrogationes.* — 444. Quinam possit has proponere et quomodo fiant. — 445. Quomodo pars interrogata *positionibus* aut *interrogatiónibus* satisfaciat. — 446. De valore confessionis. — 447. An confessio valeat revocari. — 448. Non potest revocari praetextu defectus processus iudicialis, quia confessio praesumitur continere revalidationem actorum iudicialium, quae pertinent ad bonum privatum. — 449. Potest facilius impugnari confessio edita per procuratores. — 450. Aliquando imo frequentius confessio est *implicita.* — 451. An confessio possit scindi. — 452. De confessione *extraiudiciali.* — 453. De confess. *extraiud. sacramentali.*

440. Probationis species et equidem potior est confessio. Verum nonnulli autumant confessionem probationibus non esse accensendam, siquidem adversarium relevat ab onere probandi quod in confessione est. At ne fiat aequivocatio, res distinctione expedienda est. — Siquidem *confessio* seu asseveratio alicuius facti non est inter probationes referenda, quatenus, in genere, qui asserit aliquod factum, idem probare debet. Qui vero factum asserit sibi contrarium, adversario favorabile, dicitur *confessionem* edere; et tunc factum *confessum,* absque alia probatione, retinetur *verum.* Quapropter qui controversam rem probare debet, cum primis nititur ab ore adversarii haurire facti veritatem per interrogationes illi propositas; et hoc sensu sane *propria confessio est optima probatio,* uti fert vulgatum axioma.

441. Hinc confessio definitur: *De illo quod ab adversario intenditur in iudicio vel extra iudicium, facta asseveratio.* Proinde proprium est confessionis:

1) factum docere contrarium profitenti, adversario favorabile;

2) versari circa *facti* quaestionem, non circa *ius.*

3) Sed omnis deesset confessioni vis, nisi fiat ex certa scientia, plenaque rei cognitione, sponte atque libere.

Exinde illi qui propter aetatis imbecillitatem in iudicio per se agere non valent, veluti pupilli, minores, non habentur capaces confessionis iudicialis; quamvis eorum confessio sive iudicialis sive extraiudicialis indicia parere possit, omnibus rite perpensis. Procuratores vero si habeant ad hoc speciale mandatum et sufficientem scientiam, plane ad confessionem iudicialem emittendam habiles evadunt. Verum illorum confessionem ob defectum scientiae, mandati aut alterius qualitatis impugnare fas esse, in aperto sane est. Cf. Schmalz. *h. t. n. 42 seq.* Pro certo hoc habeatur, ius canonicum remittere iudicis prudenti arbitrio confessionem sive iudicialem sive extraiudicialem examinare iuxta criteria naturalis rationis. — In pensando valore confessionis iudex praecipue prae oculis habebit modum quo facta fuit; an nempe expressis verbis vel tacite seu aequipollenter edita fuerit; et an simplex sit, vel qualificata, nimirum cum expressione plurium adiunctorum, veluti facti adiecta iuridica causa; utputa si quis fateatur adversario se debere centum scutata, *titulo mutui.*

442. Titulus *De confessis* in collectione Greg. IX praeponitur titulo *De probationibus,* quia confessio utiliter provocatur tum ante tum post litis contestationem; *arg. c. c. 54, § 2 et 3 De elect. X* (I, 6); et cap. unic. *De litis contestatione, X.* — Quod enim ab una parte intenditur et ab alia admittitur, iam extra controversiam versatur. Item in Digestis ante titulum *De confessis* habetur titulus *De interrogationibus in*

iure faciendis seu in primo iudicii stadio, lite nondum contestata.

443. Sed confessionis usus in iudiciis invaluit, quia ille cui probandi onus incumbit, ab adversario confessionem exprimere studet, eumdem interpellando ut aliquod factum asseveret vel idem neget. Quamobrem ius canonicum consultissime quemdam adhibuit modum, ut interrogationes utiles evaderent, suo scopo apprime respondentes. Videlicet in foro ecc. iampridem adhibitae sunt *positiones*, prouti innuimus. — Ad propositum *positio* est pura et nitida allegatio alicuius facti ad causam pertinentis, in scriptis et sub iuramenti fide exhibita *(si hoc iudex aut alia pars exigat, quod non solet frequentari)* ad hunc scopum, ut si factum ab una allegatum ab altera parte admittatur, iam ut plene probatum habeatur. Formula positionum haec est: *Dico et assevero me tibi titulo mutui dedisse centum.*

Utraque pars efformare valet huiusmodi positiones respective alteri parti exhibendas, pro congrua negatione aut affirmatione. Quia positio unum tantum factum attingit et sub expressa affirmatione aut negatione, periculum magis arcet captiosae interrogationis et obscurae quaestionis. Nihilominus patet in positionibus subesse interrogationes, et hinc iudex, servata positionum intentione, per simplices interrogationes confessionis probationem exquirere valet, uti aperte significatur in *cap. 2 h. t. in 6* (II, 9), hoc decernente: « Si post praestitum veritatis aut calumniae iuramentum reus vel procurator ipsius, positionibus ab adversario sibi factis, interrogatus iussusque a iudice, respondere absque rationabili causa recuset, aut nolit seu contumaciter se absentet, haberi debet super his, de quibus in eiusmodi positionibus interrogatus extitit, pro confesso ». Huiusmodi usus positionum laudatur a Clem. V in *Const. inter Clem. 2 De verb. sig.* aiente: « Et quia positiones ad faciliorem expeditionem litium propter partium confessionem et articulos ad clariorem probationem usus longaevus admisit; nos usum

huiusmodi observari volentes.... ». In hodierna praxi potius sermo habetur de simplicibus interrogationibus, quae non disconveniunt a positionibus, dummodo clarae et simplices sint omnem fraudem et ambiguitatem fugientes.

444. In processu can. etiam in causis civilibus iudici semper integrum est interrogare litigantes; iuxta principium iure rom. enunciatum in *l. 21 ff. De interrog. in iure fac.;* nempe: *Ubicumque iudicem aequitas movebit, aeque oportere fieri interrogationem dubium non est.* Verum in civilibus negotiis, quia negotium est privatum, et in his magis proceditur ad instantiam partium, interrogationes fieri solent, si ipsae partes postulant; et planum est (1).

In scriptis a parte interrogationes offerri debent iudici, qui uti posset denegare facultatem interrogandi, si hoc expediret, ita debet ipse approbare formas interrogationum. In actis constare debet de iudicis decreto approbante interrogatorii propositionem et formam interrogationum vel positionum. Nihil vetat quominus interrogationibus misceantur etiam positiones, quae ab illis differunt ob formam affirmativam asseverantem aliquod factum. Ita a iudice approbatum interrogatorium, ab ipso vel ab alio iudice delegato seu instructore proponitur alteri parti, quae antea commoneri debet de interrogatorio ipsi proponendo, nec non de die et loco quo illud subire debeat. Nam si adesset legitimum impedimentum quo minus die et loco statuto responderet, potest in alium diem interrogandus expectari. Item necessitas vel opportunitas exigunt aliquando ut vel ipse iudex aut eius delegatus adeat illius domicilium excepturus partis responsiones.

445. In hanc rem notetur:

1) quaestiones parti debent proponi tantum actu interrogatorii, non antea;

(1) Ea contra in negotiis criminalibus seu disciplinaribus iudex maxime procedit *ex officio* ad huiusmodi interrogatoria. Cf. *Inst. S. C. De Prop. Fide in app. Conc. plen. Balt. III a. 1884.*

2) responsiones debent redigi in scriptis a cancellario, una cum interrogationibus.

3) Pars interrogationibus satisfacere debet *oretenus*, quin perlegat scriptam relationem factorum. Tantummodo poterit recurrere ad scriptum documentum, si agatur ex. c. de referendis summis pecuniae; et ita porro.

4) Finito orali examine, admodum opportunum est, responsiones legere parti, quae animadvertat utrum debeat aliquid corrigere, vel addere.

5) Iudex sua prudentia determinabit utrum pars, interrogatorium proponens, responsionibus adsistere possit, quod etiam prohibere posset gravi de causa, praesertim quando *ex officio* a iudice debent addi interrogationes ad facti veritatem detegendam, quibus postea et pars interrogans respondere debet. Cf. Pirhing *h. t. n. 36*, et Schmalz. *h. t. n. 14* (1). Quare haec regula statui potest. Quando iudex interrogat unum ex litigantibus ad inquirendam veritatem, *in causis crim. et spiritualibus*, tunc alius interrogationibus adesse non debet: cf. *Inst. Aust. cit.* § *146*. — Quum e contra interrogatorium fit exclusive *ad instantiam partis* seu in *civilibus*, tunc haec ordinario admitti debet a iudice ad responsiones audiendas. — Verum, etsi non adsit examini, alia pars semper ius habebit, cognoscendi responsiones ut se defendere valeat, si casus ferat. Sed an immediate, finito examine, responsiones publicentur, an postquam adversa pars fuerit interrogata, et aliae probationes exceptae sint, decernet iudex iuxta opportunitatem instructionis causae.

6) Etiam per procuratores munitos sufficienti mandato potest satisfieri interrogatoriis (2). Cf. Schmalz. *h. t. n. 42 seq.*

(1) Iure rom., *arg. l. 6*, § *3*, *ff. De confessis*, confessio non valebat nisi adversarius eius prolationi praesens fuisset. Hoc edictum fuit, praecipue quia tunc non adhibebatur scriptura in processu conficiendo.

(2) In cod. Greg. ex art. 741 non admittitur procurator constitutus pro responsionibus faciendis, in casu vere legitimi impedimenti *ex art. 742:*

7) Pars, quia auctoritate iudicis interrogatur, tenetur veritatem fateri, dummodo legitimo modo a legitimo iudice interrogetur quoad facta litem respicientia. Si non *legitime* seu non servatis regulis antea praestitutis interrogetur, posset excipere contra modum interrogatorii, vel abscisse responsionem negare; sed potest etiam respondere evasive, mendacium evitando et confessionem intentionis adversarii.

8) Ex praxi hodierna iuramentum non solet exigi a parte interrogante; exigitur autem, responsiones reddi iuratas (1).

446. Interrogatorium sortitur suum effectum, pro intentione interrogantis, cum interrogatus ea facta fatetur, quae interrogans probare congrue debuisset. Nam confessio facit plenam proba-

iudex delegatus destinabit alium diem aut accedet ad illius domum una cum cancellario. Sane responsiones datae ab ipsa parte plus lucis afferunt, eique parti aliae *ex officio* faciliore modo in incontinenti fieri possunt interrogationes; quibus procurator forsan facere satis non valet.

(1) In cit. cod. Greg. sapienter praescribitur modus provocandi confessionem, in *Sect. V* inscripta « Delle posizioni o interrogatorii giudiziali ». Art. 733 decernitur: « Permittitur uni et alteri parti, probationem desumere factorum causae pertinentium e confessione iudiciali alterius partis ». Art. 737: « Iudices pensare debent an facta in interrogatorio proposita sint concludentia: poterunt reformare interrogatoria aut alia subrogare, quae opportuniora esse arbitrentur ». Art. 741: « In die constituta pars, per se, sistet coram iudice instructore: respondebit pure et simpliciter articulis quoad facta interrogatorio propositis, et aliis ex officio a iudice requisitis, quin aliquam legat scriptam responsionem, et quin alius ei assistat, aut consilio adsit. — Pars quae promovit interrogatorium non debet esse praesens quum idem proponitur ». Art. 742: « Iudex per cancellarium scriptis exarabit interrogatorium; facta mentione sententiae, quae istud probavit; nec non relativae denunciationis factae parti conventae, eiusque responsionis. — Scriptae interrogationes et responsiones legentur parti interrogatae cum interpellatione, ut declaret an adhuc persistat in data responsione et an aliquid addere debeat aut corrigere. Si aliquid adiiciatur aut corrigatur, innuetur in calce instrumenti; et etiam addita perlegentur parti cum eadem interpellatione. Ipsa pars, iudex et cancellarius subscribent tum interrogatorii tum additionum scriptam attestationem ».

tionem adversus confitentem, et adversarium relevat ab onere probandi; *arg. cap. 17 De praes. X* (II, 26). — Ea contra si responsiones sub iuramento datae vel nihil fatentur de intentione adversarii vel contrarium docent vel contraria praebent, indicia reddunt difficilius onus probandi in adversario, et planum est. Tamen non admittitur ad plene probandum confessio, quae est favorabilis confitenti; quippe est suapte vi suspecta et *nemo testis in causa propria*. Quamobrem in causis matrimonialibus plenam non faciunt fidem coniuges, etiam iurati, attestantes aliquod obstare impedimentum quo minus matrimonium valeat, quod uti nullum iudicialiter declarari contendunt, ex *cap. 5 De eo qui cognov. X* (IV, 13); cf. *Inst. Aust. cit.* §§ *148, 149.*

447. Sed quaeritur an liceat parti impugnare propriam confessionem. Duplici via impugnari valet:

1) appellatione post sententiam definivam;

2) exceptione ante sententiam. — Quod ad *primum*, quia appellationi locus non est nisi *iusta de causa*, repellenda est appellatio, nisi proponatur aliqua probabilis ratio expetitae revocationis, utputa causa *metus, fraudis, erroris;* et uti par est, difficilius admittitur in civilibus, quam in criminalibus, cf. *cap. 61 § Porro. De appell. X* (II, 28). Quoad *secundum*, impugnatio est admittenda et etiam sortiri potest effectum destruendi confessionem, si tantopere valeant rationes in contrarium allatae; utputa cum exinde pateat confessionem provenisse *ex errore facti.*

448. Sed quid iuris si quis vellet confessionem impugnare et revocare ob defectus processus iudicialis, veluti ob defectum citationis aut incompetentiae in iudice. — Quaestioni satisfacit principium, nempe *confessionem sanare omnes processus defectus quos sanare est in potestate alterutrius partis litigantis.* Factum enim confessione manifestatum fit *notorium;* in notoriis vero nulla probatio, seu contentio iudicialis. Verum si iudex esset incompetens *ratione obiecti* aut *gradus*, qui incompetentiae defectus a parte sanari non potest, tunc iudicialis instantia

cum non valeat, confessio non amplius haberetur *iudicialis* sed *extraiudicialis;* eiusque valor ab extrinsecis adiunctis esset desumendus; cf. *cap. 1, tit. De accus. in 6* (V, 1).

449. Facilior est impugnatio, si a personis fiat quae in iudicio agunt per alium seu per procuratorem, tutorem, curatorem, et ita porro. Nam horum confessio ob defectum mandati specialis ad confessionem emittendam, omnino nulla declaranda est. Si habebant, confessio valet, donec dominus principalis vel ipse procurator demonstret istam esse falsam vel ipsum mandati limites excessisse. — Quoad procuratores minorum et personarum, quae iure minorum utuntur, praeter subsidium impugnationis seu refutationis factae confessionis, ex *cap. 3 h. t. X* (II, 18) praesto est beneficium *restitutionis in integrum.*

450. Responsiones praebent indicia seu hominis praesumptiones, quando ex factis admissis possunt alia probabiliter deduci. Indicia aliquando sunt ita concludentia, ut adamussim contineant *implicitam* confessionem. Alius casus habetur *implicitae* seu tacitae confessionis, si facta proferantur in iudicio non per responsiones sed per productionem scripturarum vel instrumentorum. Ista documenta, quae quaestionem respiciant et a parte producta sint, validum praebent adminiculum probationis. Sed pars proferens scriptura, ut sibi caveat, solet reservare seu quasi non producta habere quaecumque directe non efforment obiectum instrumenti. Si vero proferantur a procuratoribus intelliguntur admissa ea tantum, ad quae habuerunt directum mandatum; quamvis ex prolato instrumento sponte sua aliquoties aliqua profluat asseveratio.

451. Confessio omnino contraria intentioni adversarii et exinde favorabilis confitenti nihil valet, sed factum assertum probari debet. Quid iuris si confessio partim adversario faveat, partim confitenti? Debet scindi, seu retineri tantum pro ea parte qua favet interroganti? Est celebris quaestio, quam nonnulli resolvunt admittentes rescissionem tum *in civilibus* tum *in cri-*

minalibus: alii admittunt rescissionem *in criminalibus,* negant *in civilibus.* Cf. Schmalzgrueber *h. t. nn. 33, 34;* et cl. Santi *h. t. n. 14.* Ratio negandi integram admissionem huiusmodi confessionis est, quia asserenti aliquod factum in proprium commodum non creditur. — Illi vero, qui vellent non scindi confessionem in *civilibus*, advertunt, non deberi praesumi partim pro veritate partim pro mendacio in eodem actu, nisi adsit gravissima causa, qualis est timor poenae in *criminalibus.*

Nos putamus non posse absolute resolvi hanc quaestionem, quia non habemus textum expressum iubentem aut prohibentem confessionis huiusmodi scissionem. Quare eius aestimatio pendet ex prudenti iudicis arbitrio ponderantis an confessio sive simplex sive qualificata partim vel ex integro fidem mereatur (1).

Quare nostram facimus animadversionem De Luca *De iud. Dis. 23, n. 33* in hanc et alias similes quaestiones ita scribentis: « Et in summa universa ista materia confessionis *in civilibus* facti potius quam iuris censenda est, erronee ex solis generalitatibus regulanda, cum revera ex prudenti ac recto beneque regulato iudicis arbitrio singulorum casuum circumstantiae rem decidere debeant ».

452. Modo quid dicamus de confessione extraiudiciali. — Quia causa instruitur per actus *iudiciales*, iam patet, confessionem *extraiudicialem* non probare nisi traducatur in iudicium per actum iudicialem (2). Exinde duo quaestiones enucleandae sunt:

(1) Codex Italicus proc. civilis, et cod. Gallicus, qui iubent *confessionem scindi non posse,* quamplurimis reprehensionibus apud DD. obnoxii sunt; in praxi vero huiusmodi legis articulus vix receptus dici potest; cf. Mattirolo op. cit. vol. II, n. 705 seq.

(2) Confessio facta coram arbitris iuris certe est *iudicialis;* coram arbitris vero *compromissariis* edita per se est *extraiudicialis stricto sensu,* at nemo non videt, quoad vim *ob sua adminicula* aequiparari iudiciali. Confessio coram *arbitratore* emissa est sane *extraiudicialis,* sed tamen magnum habet valorem, et planum est.

1) quaenam dicatur confessio extraiudicialis;

2) quomodo probatur in iudicio. — Generatim praemittimus vel in hoc propositum admodum attendendam esse cit. Doctoris animadversionem. At iuvat suggerere criteria generaliora. *Primo* reponimus confessionem extraiudicialem esse *asseverationem extra iudicium factam de intentione adversarii.*

Haec aliquantisper caret vi, quia *leviter, inconsiderate, non veridice* praesumitur facta et quia indeterminata esse solet. — Excluditur autem huiusmodi defectus, si prolatae confessioni aderat adversarius, aut eiùs procurator seu altera persona, cuius intererat facti confessi. — Praeterea si asseveratio proferatur cum certis adminiculis, veluti cum determinatione debiti et causae debendi, animus inde apparet serius et prudens confitentis. Haec adiuncta a iudice attendi debent, sed non sunt necessaria nec absoluta pro omnibus casibus. — *Secundo* reponimus probari posse per testes ex *cap. 23 De testibus X* (II, *20*), nisi ipse confitens velit eam in iudicio confirmare.

453. Denique advertatur quod species confessionis *extraiudicialis* est confessio *sacramentalis*. Haec in iudicio invocari non potest, ne poenitente quidem consentiente, ut decisum fuit in celebri causa filiationis Ducis Sforza-Cesarini agitata in S. Rota R., *anno 1834-35*, in qua *ex licentia matris* infantis de cuius origine agebatur, confessarius testatus est, ipsam matrem in confessione sacramentali se accusasse circa illud tempus de adulterio commisso. Tribunal reiecit hanc attestationem ob naturam confessionis sacramentalis, quae necessario est aliena a foro contentioso, ita ut, etiam accedente poenitentis consensu, eius invocatio in iudicio non fiat absque scandalo. Cf. cl. Santi h. t. n. 25 (1).

(1) Quoad modum provocandi et perpendendi *confessionem:* et in genere, quoad alias species probationis, practicum exemplum habetur in causa Mediolanen. relata apud *Acta S. Sedis V 18, p. 56;* quae docet rectam rationem evolvendi periodum probatorium praesertim *in criminalibus.*

TITULUS VII.

DE IUREIURANDO.

Huc ref. tit. 24, lib. II-X.

Summarium. 454. Agitur de iuramento, quod est remedium litium expediendarum. — 455. Hinc est huiusmodi iuramentum vel *iudiciale* vel *extraiudiciale*. — 456. *Extraiudiciale* voluntarium est species transactionis interpositae ad litem praeveniendam. — 457. Hinc regitur huiusmodi iuramentum regulis quae moderantur transactionem. — 458. *Iudiciale voluntarium* est species transactionis initae ad litem iam inchoatam definiendam et hoc habet sibi proprium, ut emittatur praevio iudicis decreto, cui parendum est. — 459. Iudex vero non debet, in genere, admittere iuramentum *decisorium*, nisi actor suam actionem, reus exceptionem probatione aliqua iam munierit. — 460. *Iudiciale necessarium* seu *suppletorium* non procedit a partium conventione, sed a decreto iudicis ad supplendam inopiam probationum. — 461. Et est deferendum illi nempe sive actori sive reo, qui maiores ediderit probationes; at in pari causa, reo. — 462. Qui iuramentum *suppletorium* recusat, habetur pro confesso, nisi probet causas legitimae recusationis. — 463. Iuramentum emittitur sub certa formula quae caute a iudice et a parte, cuius interest, examinanda est, et etiam reformanda. — 464. Iuramentum *iudiciale necessarium* seu non procedens a conventione est iuramentum *litis aestimatorium*, seu in *litem*.

454. Finis probationum est ostensio veritatis quoad rem controversam, quamobrem illud systema probatorium debet dici perfectius, quod faciliorem aperit viam ad veritatem in re controversa detegendam. Si minor esset hominum malitia, hominis asseveratio attestantis de aliqua re esset expeditior et nobilior litium finiendarum ratio; sed malo fato, pronitas hominis ad asserendum maxime quod eius interest, etsi veritati conforme non sit, contrariam induxit regulam, nempe neminem asserentem in suum emolumentum aliquod factum in iudicio suf-

ficientem facere fidem. Humanae imbecillitati magnopere auxilio est timor poenarum, damni et praecipue in Deum reverentia et religio. Hac de causa si hominis asseverationi iuramentum accedat, fides etiam in re iudiciali potissimum conciliatur. Exinde Apostolus *Haebr. 6, v. 16* aiens: « *Omnis controversiae eorum finis, ad confirmationem, est iuramentum* », se referebat ad frequentem usum iuramenti iudicialis, ut patet ex verbis prioribus eiusdem versiculi: « Homines enim per maiorem sui iurant ». De hoc more testatur Gaius *leg. 1, ff. De iureiur.*:« *Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iurisiurandi religio* ». Verum Apostolus morem historice commemorat, sed neque laudat, neque aperte damnat. In antiquiori Ecclesiae disciplina ob iuramenti sanctitatem et periculum periurii et ob ea verba evangelica, nempe - *sit sermo vester, est, est, non, non* - parum aut nihil adhibebatur in iudiciis iuramentum; cf. Decret. Gratian. *Caus. 22.* — Vestigium antiquae disciplinae habetur etiam in prohibitione praestandi iuramentum *calumniae* facta clericis et etiam laicis in causis Ecclesiasticis, quae prohibitio serius exolevit. — Exinde patet intentio canonum, qui cum primis iuramentum considerant uti probationem naturâ suâ extraordinariam, subsidiariam et praeterea, ob eius sanctitatem, cum magna cautela in iudiciis adhibendam.

455. Iam locuti sumus de iuramento adhibito ad processum rite ordinandum, videlicet ut partes iuramenti religione adstrictae, sincere et candide in iudiciis agitandis veritati et iustitiae inserviant, non fraudibus et machinationibus indulgeant; verum in praesentiarum loquimur de iuramento emisso ad lites *dirimendas*, quae dirimi cum possint *iudicialiter* vel *extraiudicialiter*, ut diximus in Prolegomenis, iuramentum est *iudiciale* et *extraiudiciale.*

456. *Extraiudiciale* est semper *voluntarium*, quia pendet a partium arbitrio, modo extraiudiciali litem definire malle. Hoc iuramentum est, quod ob exortam controversiam ad evitandum

dispendium iudicii privata conventione una pars alteri defert, sub ea conditione, ut si ausa fuerit iurare, iuramentum pro veritate habeatur, et iurans absque alio processu suam intentionem assequatur. Sub hoc sensu vera est Pauli doctrina in *l. 2, ff. De iureiur.: « iusiurandum speciem transactionis continet »*. Qui enim taliter conveniunt, cedunt iuri suo ulterius inquirendi, idemque experiundi in iudicio per diligentiorem sui iuris inquisitionem nec non solemniorem controversiae definitionem.

457. Ex hac natura iuramenti extraiudicialis sequitur:

1) eos omnes hoc adhibere posse, qui transigere valent eisque in causis transactioni obnoxiis.

2) Praestito iuramento non potest agi ad illud revocandum seu rescindendum praetextu periurii, ut habet *l. 1 cod. De reb. cred.* — Veluti si postea reperiantur instrumenta, unde pateat, falsum iuratum fuisse; nam praesumitur iuramentum *bona fide* praestitum fuisse, nisi contrarium *evidenter* constet, utputa ex confessione ipsius iurantis. — Tunc sane iuramentum rescinditur et alia pars redditur indemnis. — Praeterea fit locus rescissioni, si constet laesionem adesse enormissimam, iuxta dicta suo loco; *cf. n. 13.*

3) Denique advertit Ulpianus in *l. 5, ff. De iureiur.: « Dato iureiurando non aliud quaeritur quam an iuratum sit, remissa quaestione an debeatur: quasi satis probatum sit iureiurando »*. Iste effectus, utpote iuramento necessario inhaerens, quum iuramentum eximat ab onere ulterius probandi, se refert ad omnem iuramenti speciem.

458. Iuramentum *iudiciale* aliud est litis *decisorium,* aliud *suppletorium*, aliud litis *aestimatorium.* — Iuramentum *litis decisorium* habetur, quando una pars ex collitigantibus, nempe sive actor sive reus, abhorrens moras incoepti iudicii vel efficacioribus destituta probationibus, vult recurrere ad iuramenti subsidium; quapropter invocat iudicis auctoritatem, ut ei permittat alteri deferre iuramentum sub ea conditione, ut si ausa

fuerit iurare, sententiam exinde obtineat favorabilem. — Hoc iuramentum est *voluntarium*, quia ex conventione in iudicio defertur; *arg. l. 17, ff. De iureiur.*, et hac ex parte convenit cum iuramento extraiudiciali et exinde (1) continet *speciem transactionis;* siquidem renunciatur ulteriori iudicii prosecutioni et etiam appellationi. Proinde huiusmodi iuramentum habet tres effectus supra recensitos.

Disconvenit vero ab extraiudiciali, quia est *iudiciale*, ad quod praestandum intervenit iudicis auctoritas. Hinc interposito semel iudicis decreto iuramentum approbante, hoc fit ita necessarium ut pars cui *defertur* vel emittat iuramentum vel *legitime* recuset vel *referat* adversario, qui non potest se eximere a iuramento praestando, nisi adsit *legitima causa;* ex *cap. ult. De iureiur. X:* secus habetur pro confessa. — In genere causa legitima recusationis est, si factum asserendum non sit pertinens ad causam vel ad notitiam huius, qui deberet iurare, non pervenit. Hoc evenire potest in herede, qui sui auctoris facta ignorat. — Verum is cui *defertur*, quin illud recuset, potest alteri *referre*, ut ipse potius factum assertum iuramento confirmet; *arg. cit. cap. ult. h. t.* Pars vero quae relatum recusat, non semper cogitur iuramentum *referre*, quia ali-

(1) Scio equidem apud iuristas non esse pacificum an huiusmodi iuramento recognosci debeat qualitas transactionis. Nonnulli negant, uti Donellus *(Comm. ad tit. De iur. ff. cap. 9, n. 4)*, quia non habetur ex una et ex altera parte aliquid datum, aliquid remissum, « *at iureiurando* (ait cit. auctor) *sic lis deciditur ut si actor iurat, totum accipiat quod petit : si recusat, totum ei remittatur* ». Nihilominus assentimur contrariae sententiae, quia in deferendo iuramento *ex conventione* deferens renunciat iuri prosequendi litem; iurans vero aliquid praestat seu onus iurandi subit; quare non habetur aliquid datum et remissum ultro citroque in *ipsa re controversa* sed in *ipso modo agendi;* et hoc sufficit ad salvandam naturam transactionis. — Item DD. non conveniunt, an *voluntarium* dici debet iuramentum decisorium iudiciale; at hoc esse et dici debere *voluntarium* docet Devoti *Inst. can. lib. III, tit. 9, § 24, not. 2.*

quando *referri* non potest ei, qui aut facti controversi non habet notitiam, aut periurii est nimis suspectus.

Quando vero iuramentum *referatur*, iuramentum sic *relatum* pars iterum *referre* non valet, sed potest *recusare* si *probet* causam repudii.

At in iudicio non sufficit partium conventio, sed iudicis auctoritas decernet an et quomodo locus sit iuramento decisorio *delato* aut *relato*.

459. Et in hoc propositum quaeritur an iudex possit hoc admittere, si actor aut reus, respective, nihil omnino probaverint. Disputant DD. — Affirmant nonnulli innixi maxime eo principio *l. 38, ff. De iureiur.*: « *Manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec iurare nec iusiurandum referre* ». Alii negant ob apertam *iuris dispositionem, cap. fin. h. t.* § *Sane, X:* « *Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet (etsi nihil praestiterit) obtinere. Praesumptione vero faciente pro illo* (seu actore), *reo deferri potest, ad ostendendam eius innocentiam, iuramentum* ». Verum et una et altera sententia vera est, tamen in diversa materia. — Siquidem in negotiis *civilibus* iudex admittere potest iuramentum litis decisorium, quamvis nec actor actionem nec reus exceptionem aliquo argumento comprobaverit. Ita statuit etiam *cit. codex Gregor.* iuxta praxim fori eccles., decernens art. 749: « *Iuramentum decisorium non poterit recusari, quamvis nullimode probata sit actio aut exceptio ad quam probandam deferri vult* ». Iuramentum enim *decisorium* in civilibus habet vim transactionis.

Ea contra in *criminalibus* non admittitur huiusmodi iuramentum, nisi iam suppetant aliquae probationes ab actore vel a reo allatae; et tunc iuramentum editur ad supplendum defectum probationum, seu fit *suppletorium;* quod modo explicabimus. Simplex enim iuramentum *decisorium,* vim continens *transactionis,* in *criminalibus* non admittitur.

460. Aliud *iuramentum iudiciale* est, quod iudex ob defectum plenae probationis uni ex litigantibus defert; nempe actori ut plene probet actionem, reo ut probet exceptionem. Hinc solet appellari in *civilibus suppletorium;* in *criminalibus purgatorium,* quia defertur reo habenti contra se aliquam suspicionem aut praesumptionem criminis, quam destruit omnino suo iuramento, ita ut postea declaretur innocens: de hoc in alio libro sermo erit. — Differt iuramentum *suppletorium* ab extraiudiciali et ab alio iudiciali;

1) quia hoc est absolute *necessarium* et praestari debet a parte cui *delatum* est, quin possit *referri:* quia exclusive uni parti a iudice defertur;

2) et hinc nulla in hoc habetur species transactionis. Proinde potest admitti etiam in causis matrimonialibus, de quibus vero transigi non potest. Sed non admittitur in causis maxime arduis et magni praeiudicii ob periculum periurii.

3) Differt praecipue ab aliis cum sit *suppletorium* et deferri non possit, quando sit iam intentio sive actoris sive rei sufficienter probata: *cap. 2, De prob. X,* nec quando nihil probatum fuit, quia tunc reus absolvitur; sed defertur ad complendas probationes sive instantiae actoris sive rei defensionis.

4) Tandem differt, quia non ex conventione partium defertur. sed vi decreti iudicis, quod tamen editur vel *ex officio* vel ad *instantiam partis.*

461. Pro casu concreto exoritur difficultas an rei vel actori potius deferendum sit. Praenotamus *favorabilem* esse hanc iuramenti delationem, cum iuramentum onus suppleat ulterius probandi. Exinde:

1) si actor et reus aequaliter semiplene probaverint, *in pari causa,* melior est rei conditio eique iuramentum deferatur.

2) Dixi *in pari causa.* Nam si reus sit persona parum honesta aut suspecta, vel causa actoris sit *favorabilis* sensu iuris *iam explicato,* actori potius deferendum esset;

3) vel si actor maiores ediderit probationes, eidem iuramentum deferendum est. Cf. *cap. ult. cit. h. t. X.*

462. Iuramentum suppletorium recusans habetur pro confesso. Ast. non desunt casus, quibus iuramentum recusari potest:

1) si a iudice servatae non sint regulae a nobis supra expositae. Quamvis enim iudex sive ordinarius sive delegatus habeat facultatem deferendi iuramentum ad supplendum probationum defectum, quando hoc putat opportunum, tamen regulae nonnullae servari debent, quibus spretis, delatum iuramentum recusari potest: iudex vero decernet an legitima sit vel minus recusatio; *est quaestio incidens.*

2) Recusat procurator nisi habeat speciale mandatum;

3) recusat ille qui de facto controverso non habet sufficientem scientiam aut notitiam; non potest enim temere iurari, sed iuratur *in iudicio, in iustitia, in veritate.* Etiam de hac recusatione iudex decernet, an legitima sit.

463. Denique in quacumque specie iuramenti iudicialis sive decisorii sive suppletorii est maxime attendenda formula, id est *positio* seu *interrogatio* sub qua provocatur iuramentum. — In iuramento iudiciali decisorio pars quae vult istud deferre aut referre, ostendat iudici formulam, *positivam* aut *interrogativam* complectentem factum et adminicula facti, de quibus asseveratio iurata exigitur. Iudex potest eam corrigere vel omnino excludere.

In iuramento suppletorio iudex *ex officio* aut *ad instantiam* partis uti proponit iuramentum, ita proponit formulam iuramenti. Pars quae debet iurare, quaecumque sit iuramenti species, consideret formulam, attendens an affirmationes ita conceptas iurare possit; atque etiam protestari potest, *se iuraturam, si mutationes inducantur a se propositae.* Tunc iudex, alterius partis perpensa instantia, decernet an positiones ita expressae admitti debeant ad iuramentum. Denique iudex debet ponderare

formulam iuratam, ut determinet vim iuratae assertionis in casu peculiari (1).

464. Iuramentum *litis aestimatorium* seu *in litem* defertur illi parti quae suam iam probavit intentionem, at valorem vel quantitatem rei debitae per legitima argumenta significare non valet ob fraudem adversarii. — Utputa emptor probavit se certas res emisse a Caio, sed quia hic instrumentum venditionis laceravit non potest emptor in specie declarare quaenam fuerint res emptae. Tunc ei defertur iuramentum *litis aestimatorium*, ut iurata asseveratione declaret quaenam res ei debeantur et quaenam fuerit earumdem aestimatio, perpensis adiunctis tum subiectivis tum obiectivis. Cf. Schmalzgrueber *h. t. 65 seq.* — *Codex cit. Greg.* iuxta commune ius ita, per articulos, hanc legem proponit art. 760: « Hoc iuramentum deferatur ad instantiam partis aut etiam a iudicibus ex officio »; a. 761: « Pars quae ad hoc instat uniet suae instantiae notulam, qua recensentur singula obiecta aut credita iudicialiter expetita, eorumque valor aut quantitas; addet declarationem qua profitetur, se iurare paratam esse, notulam esse veritati conformem, tum quoad numerum, tum quoad valorem rerum denunciatarum »; a. 763: « Si tribunal instantiam iuramenti admittat, delegabit unum ex iudicibus ad idem excipiendum: poterit diminuere valorem enunciatum in notulis quando eumdem censeat exaggeratum, et determinabit summam quae erit iuramento affirmanda »; a. 764: « Tribunal decernens *ex officio* iuramentum *in litem* praecipiet parti cui defertur, ut notulam conficiat et porrigat supra descriptam; unde eius valor diminuitur si nimius videatur ». Cf. *cap.* 7 *De his quae* vi X (I, 40).

(1) Cf. *Cod. cit. Greg. a. 748 seq.*, ubi regulae supra enunciatae confirmantur.

TITULUS VIII.

DE TESTIBUS.

Huc referatur tit. 20, 21, lib. II. X.

Summarium. — 465. Adumbratur ratio et historia huius probationis. — 466. Hodie in codicibus iuris civilis *probatio per testes* pene excluditur. Ius vere can. tum in negotiis *civilibus* tum in *criminalibus* admittit *probationem per testes*, relinquens iudici plenam libertatem eamdem adhibendi eamdemque excludendi, prouti expostulant adiuncta rerum et personarum. — 467. Sed tamen sedulo adverti debet, non easdem regulas moderari tum *civilia* tum *criminalia* iudicia, imo, hac de re, regulas plurimum inter se differre. — 468. Distinguantur testes *iudiciales* ab *extraiudicialibus*.

465. Causa fidem detrahens simplici asseverationi *actoris* sive *rei* in iudicio illa praecipua est, quia nemo in proprium damnum praesumitur testari velle. Proinde cum saepies in processu partium affirmationi standum sit, recurritur ad iuramenti religionem, quo partium voluntas et auctoritas roboratur. Sed aliud occcurrit magis naturale medium ad detegendam facti veritatem, nempe illorum in iudicium invocare attestationes qui, causae extranei, factum cognoscentes praesumuntur integram et sinceram velle fateri veritatem. Isti sunt *testes* et eorum asseverationes dicuntur *attestationes;* unde in Decretal. Greg. IX, *titulus 20, lib. II,* inscribitur « *De testibus et attestationibus* ». Nemo non videt hanc speciem probationis mirifice inservire causae instruendae, quare apud populos non admodum excultos attestatio semper fuit fere unicus probationum fons. Ita apud Romanos ab initio attestationum usus aliis probationibus praevaluit, et nonnisi sequioribus saeculis ei comparata fuit probatio scripta. Cf. Aul. Gellius *XIV, 2.* — Postea haec sensim coepit praevalere ipsis attestationibus, ut habet Paulus *(Sent. V, 15,* § *4):* « *Testes, nisi olim fidei tabularum adhibiti, titubare dicantur, adversus*

scripturam interrogari non possunt ». Verum quamvis in honore dein habita sit probatio scripta, tamen haec probationi per testes praeposita non fuit; Constantinus in *l. 15, Cod. De fid. inst.* ait: « *in exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium* ». Insequenti tempore, ob spretum litterarum studium, probatio per testes praevalet, donec ius can. iterum magni facit probationem scriptam. Dein in Italia, propter scholae Bononiensis praecepta, anno 1454 coeperunt condi statuta quibus proscribebatur in nonnullis casibus probatio per testes. Hoc enim accidit inter homines qui civiliores effecti, bonorum copia effeminati, magis lucro quam veritati studeant.

466. Hac de causa etiam in codicibus hodiernis in re civili probatio per testes maxima in suspicione habetur et pene prohibetur. — Ius canonicum mediam tenet viam admittens testes pro omnibus controversiis, sed iudici suggerens quamplurimas cautelas et partibus relinquens plenam libertatem excipiendi contra personas testium eorumque attestationes.

Hoc medium systema maxime incusatum fuit ob quamplurimas regulas quae proponi solent hac de re a canonistis. — Revocetur quod diximus de *probationibus* in genere agentes et in nostrum propositum hoc addimus, non omnes regulas a canonistis propositas *legales esse;* easdemque regulas iure positivo traditas, esse normas iudici ad regendum eius iudicium, sed non ita rigidas et necessarias esse, ut ab iis iudex legitimis de causis deflectere non possit.

467. Illud vero maxime adverti debet, nempe diversimode testes adhiberi in causis *civilibus* ac in *criminalibus* et regulas proditas pro negotiis *civilibus* non posse aeque invocari in

(1) Ex Italia in Galliam huiusmodi reformationes et statuta digressa sunt et deinde in alios status: cf. Pertile, *Storia del diritto Ital. V, VI (Proced.)* § *228;* et Dalloz, *Répert. v. Obligationes, n. 4610.*

criminalibus, quod si prae oculis usque non habeatur, profunda confusio oritur in applicanda hac specie probationis; prouti fit passim apud canonistas non sufficienter distinguentes unum ab alio genere negotiorum in hanc rem. Nos agimus de testibus in negotiis civilibus.

468. Modo non agimus de testibus *extraiudicialibus* qui extra iudicium, ad instantiam privati civis attestationem edunt de aliquo facto. Huic scopo inserviunt testes *instrumentales,* quorum attestatio invocatur ad conficiendum instrumentum. Hodie in usu sunt testes adhibiti *extraiudicialiter* ad fidem faciendam, ut inde quoddam factum evadat *notorium;* inde fluunt *actus* vulgo dicti *notorietatis* (1).

§ 1. *De testibus admittendis vel excludendis.*

Summarium. — 469. Non prohibentur a dicendo testimonio nisi qui inhabiles sunt. — 470. Nonnulli prohibentur *absolute,* seu ab omni iudiciali causa. — 471. Alii *relative* seu ab aliqua causarum specie. — 472. An rectores Ecclesiarum, aut titulares beneficiorum aliique, id genus, administratores prohibeantur a ferendo testimonio in causis suae Ecclesiae vel sui beneficii. — 473. Explicatur quaenam sit vis prohibitionis sive *relativae* sive *absolutae* iure positivo decretae, quoad ferendum testimonium.

469. In foro ecclesiastico omnes possunt esse testes qui iure *naturali* aut *positivo* non prohibentur. Quia ex ipso naturali iure requiritur ut testis habeat *scientiam* et *probitatem,* ii qui una alterave qualitate certe carent, *ipso naturali* iure ab attestando excluduntur. — *Iure* autem *positivo* prohibentur

(1) Modus rogandi hosce actus ita praescribitur in *cod. cit. Greg. art. 630:* « Actus extraiudicialis rogandus erit a publico notario; et continebit attestationem voluntariam testis iisdem verbis conceptam quibus prolata fuit: subscribendus erit ab ipso teste, a notario et ab aliis duobus testibus qui adfuerunt prolatae attestationi. Si testis qui attestationem fecit, nesciat scribere, notarius hoc referet in instrumento, iuxta art. 421 etc. »

ab attestatione danda qui scientiam aut probitatem non *praesumuntur* habere ut utile ferant testimonium in aliqua causa. Huiusmodi prohibitio vero aut est *absoluta* aut *relativa.*

470. Absolute prohibentur:

1) *iure naturali,* infantes, furiosi, amentes, fatui, ebrii, aegroti qui nec res percipere nec aliis suam notitiam communicare valent.

Iure can. 2) prohibentur impuberes, qui infantiam excesserunt ob iudicii infirmitatem: cf. *can. 14 et seq. caus. 22, q. 1.* Tamen quia impuberes rerum scientiam habere possunt, aliquando hos admittere iuvat ad praestandum saltem *indicium* seu aliquod *adminiculum* veritatis.

3) Excluduntur feminae, *arg. cap. 10 De verb. signif. X* (V, 40), quia « *varium et mutabile testimonium semper femina producit* ». Sed haec non est *regula* constans, ast potius *monitum* iudici patefactum super valore earumdem attestationum. Quamobrem admittuntur ex *c. c. 3, h. t. X et 2, De iud. in 6, X* (II, 1); imo praeferuntur aliquando in causis matrimonialibus, *arg. c. c. 33, h. t. X et 3. Qui mat. accus.* (IV, 18).

4). Quia testes praeter *scientiam,* probitatem habere debent, excluduntur *infideles, haeretici, apostatae, excommunicati,* sed qui *tolerati* sunt, possunt admitti: *infames* et in genere *criminosi.* At quis negabit aliquando utiliter hos supra recensitos adhiberi posse ad veritatem detegendam? Proinde regula iuris est; parum eorum attestationibus fidendum esse, sed non semel ex eorum attestatione iudicem veritatem haurire posse.

471. *Relative* excluduntur illi qui in certa causa aliquod habent interesse *morale,* nempe ex animi affectione aut *patrimoniale,* quia *nemo testis in causa propria,* iuxta *l. 10, ff. De test.* « *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur* ». Hinc testes esse non possunt:

1) Litigantes ipsi vel eorum advocati et procuratores in causis in quibus agunt.

2) Parentes pro filiis et vicissim, atque in genere ascendentes et descendentes, item in linea collaterali fratres, consanguinei, affines in testimonio *favorabili* ferendo pro suis arcte coniunctis sunt suspecti. Cf. *cap. 22, h. t. X.* Desunt disertae iuris sanctiones statuentes gradum ad quem in *collateralibus* legalis praesumptio suspicionis se extendat. Communis doctrina canonica docet non ultra tertium gradum *inclusive* solere praesumi de affectione testes suspectos reddente. Nihilominus in matrimonialibus causis (1) aliisque, id genus, spiritualibus aliquando necessario invocari debet testimonium consanguineorum et affinium, idemque magni faciendum est. Cf. *cap. 3, Qui mat. accus. X* (IV, 18).

3) Domestici pro dominis testantes, et domini pro domesticis, socii pro sociis, inimici in causa inimicorum merito sunt suspecti;

4) Ex *cap. 14, h. t.*, laicus in causa criminali criminaliter acta testem agere nequit contra clericum. Sed Abbas *in hoc caput*, recte advertit, id valere de clerico non degradato seu iudicando a laico et quando adsint testes clerici vel aliae suf-

(1) *Inst. Aust. cit.* Card. Rauscher, haec cavet in propositum § *155:* « Consanguinei coniugum a testimonio pro matrimonio aut contra illud ferendo tum tantum excludendi sunt, quando ex individua casus natura peculiares oriantur rationes, eos de partium studio suspectos habere », § *156.* « In diiudicanda credibilitate consanguineorum et omnium personarum quarum ad coniuges relatio partium studii suspicionem inducit, imprimis considerandum est, an coniuges nullitatem matrimonii exoptent, nec ne. § *157:* « Omnes ii de quibus supponendum est quod circumstantiarum quae in nullitatis quaestionem influxum exercent, bene gnari sint, etiam tunc audiri debent quando qua testes repellendi forent, quia depositiones eorum praesumptiones stabilire ac viam ulterioribus recludere possunt dilucidationibus ». Hae praescriptiones respondent examussim intentioni iuris communis: cf. Schulte *Proc. mat.* § *51.*

ficientes probationes; nam ne crimen impunitum evadat, possent adhiberi etiam testes laici. Nemo non videt, hoc periculum suspicionis et fraudis posse augeri, minui aut minime haberi pro locorum, personarum, temporum et praecipue, causarum, diversitate.

472. Ex principio supra posito, *nemo testis in causa propria*, exoritur quaestio an praelati, rectores Ecclesiae, clerici beneficiati possint esse testes in causis suae Ecclesiae vel sui beneficii. Huic quaestioni satisfacit *cap. 12, h. t. X*, edicens: « Non lateat prudentiam vestram quod clerici non sunt a ferendo testimonio super negotio Ecclesiae suae repellendi *nisi alia rationabilis causa subsit* ». Postrema verba continent exceptionem legis generalis permittentis clericos in his causis testes esse. Ratio decidendi est, quia iura Ecclesiae non sunt iura propria clericorum, sed spectant ad universitatem seu ad ens morale, cui ipsi praesunt vel cui sunt addicti. Principium generale in hoc propositum iam eleganter enunciatur in *lege Fiant*, § *1, Quod cuiuscumque universitatis nomine:* « *Si quid universitati* debetur, non singulis debetur, nec quod universitas debet, singuli debent ». Sed quinam sunt casus, in quibus *alia rationabilis causa* subsit? Plures esse possent iuxta regulas supra enumeratas: ita si clericus in causa ipse sit *actor* vel *procurator*, vel commodum attingat *directe* clericum, *indirecte* Ecclesiam, prouti si ageretur de fructibus non capitulo, sed singulis canonicis distribuendis, tunc in huiusmodi causa clericus, qua testis, non admittitur.

473. Ut rite intelligatur vis istarum *exclusionum*, advertatur a iure positivo can., has non tantum proponi sub *forma inhabilitatis*, sed potius sub *forma suspicionis*. — Contrarium systema tenent plures codices hodierni, qui ponunt nonnullas *absolutas inhabilitates* sed perpaucas; et *suspicionis* casus relinquunt perpendendos arbitrio iudicis et instantiae partium: ita se habet cit. cod. Greg. XVI, a. a. 626-

627 (1). Consequentiae intentionis iuris iudicialis canonici sunt:

1) iudicem absolute non debere excludere nisi *iure naturali* inhabiles, uti infantes, furiosos; vel *notorie* inhabiles, veluti publice periuros, quos tamen iudex potest audire, si ex iis putet se aliquid cogniturum fore, quasi adminiculum opportunum sententiae definitivae;

2) ad *instantiam partis* iudex non tenetur aliquem excludere a testificando, nisi evidentes sint rationes suspicionis, unde inutilis vel damnosa videatur eius attestatio; verum examen suspicionis obiectae contra personam testis solet differri post attestationes factas, ex quibus melius dignoscitur utrum exceptio sit fundata, vel etiam utrum sit utilis, nam aliquando testis deponit in favorem partis suspicantis de idoneitate testis. Praeterea prudentia iudicis a teste etsi suspecto veritatem detegere valet. Ita communiter DD. cum Abbate in *cap.* 7, *h. t. X.* Inde patet quomodo iure can. magna fiat iudici libertas in admittendis testibus et attestationibus, quamobrem iudex im-

(1) Cit. codex decernit art. 626: « Non poterunt audiri uti testes, 1° omnes ii quos lex declarat *inhabiles* ad ferendum testimonium, 2° parentes aut affines in linea recta, fratres germani aut consanguinei et coniux unius ex litigantibus, 3° advocati et procuratores in causis, in quibus praebuerunt aut praebent suum patrocinium »; art. 627: « Testes, quos lex habet uti *suspectos*, poterunt recusari; tamen tribuitur iudicis prudentiae eorum pensare attestationes ». Quare hic articulus expresse continet intentionem iuris comm. can. — Alter vero articulus constituens certas inhabilitates, a iudice necessario servandas absque ulla exceptione, est dispositio propria causarum *civilium*. In causis enim *criminalibus* huiusmodi *taxativae inhabilitates* non habentur neque in cod. hodiernis. Excludere enim *absolute* nonnullas personas in huiusmodi causis a testimonio ferendo, non semel magnum praeiudicium pareret veritati detegendae. — Quare quum textus iuris can. *cumulative* agat de testibus tum in *civ.* tum in *crim.* causis adhibendis nullas constituit veras *inhabilitates*, sed tantum innuit *rationes suspicionis*, quas in casibus peculiaribus remittit ponderandas aequo iudicis arbitrio.

plicari nimis non debeat omnibus regulis Pragmaticorum quoad causas *suspicionis*. Haec probat De Luca *De iud. disc. 32* ita disserens de praxi curiae Romanae *n. 11, 12:* « Ideoque pariter materia capax non est regulae certae et generalis cuicumque casui applicabilis sed prudenti iudicis arbitrio remissa et pro singulorum casuum qualitate et circumstantiis; ac propterea inculcari meretur idem error procedendi cum doctrinis et auctoritatibus in sola littera, non reflectendo ad qualitatem facti, cuius revera potius quam iuris est quaestio. Unde iudicum in ista materia magister, Iurisconsultus Callistratus, refert sententiam divi Hadriani iudicem alloquentis, quod scilicet *ipse scire potest quanta fides testibus adhibenda sit* ».

§ 2. *De examine testium et attestationum.*

Summarium. — 474. In *civilibus* testium examen fit *ad instantiam partis* quae iudici offerre debet *articulos* seu facta controversa a testibus explicanda. Iudex approbat vel respuit vel corrigit huiusmodi petitionem partis. — 475. Testes citandi sunt una simplici citatione, nec non citantur partes ad *videndum testes iurare*. — 476. An iuramentum remitti possit. — 477. An partes interesse debeant testium examini et quomodo hoc expleatur. — 478. In *criminalibus* non conceditur parti producenti neque adversario interesse examini. — 479. Interrogationes *antea* dirigendae sunt in qualitates testium, ut appareat praecipue ex quonam fonte testis hauriat suam rei notitiam; *dein* diriguntur in factum. — 480. Attestationum valor *absolute et relative* considerari potest. — 481. Explicatur regula qua statuitur, *duos testes omni exceptione maiores plenam facere fidem*; et quomodo aliquando unus testis sufficiat et quando testes numero plures requirantur. — 482. At aliquando plures testes valent *respective* ut *unus* testis, seu sunt *singulares*.

474. Hactenus de personis testium, modo videamus quomodo fiant attestationes.

In *civilibus* quia partes probare debent, invocatio testium fieri debet a parte ad *aliquod factum* probandum, scilicet circa

quaestionis determinatos articulos. — Iudex, excepta partis instantia, decernet an testes admitti possint, aliquando enim potest obstare terminus iam dilapsus dilationis probatoriae. Item decernet an articuli quaestionum admittendi sint, et si casus ferat, articulos productos corriget vel alios substituet.

475. Decreto admissionis edito, iudex debet *citare* unica *simplici* citatione testes ad comparendum, ut audiantur super facto a parte allegato. Proinde in citatione praeter diem et locum comparitionis, iudex innuet non singulas interrogationes faciendas, sed *articulos* seu *capita* quaestionum. Die statuto iudex ipse vel alius ab ipso delegatus seu iudex instructor excipiet attestationes. Citanda est etiam pars adversa ut videat personas ad attestandum admissas, contra quas excipere potest. Item consultius est commonefacere partem quoque producentem de die loco et hora constitutis pro examine testium, ut cognoscere valeat, suis oculis, quinam comparuerint et contra eorumdem personas possint excipere, si forte, post productionem, causa exorta sit suspicionis. Utraque pars vero ius habet ut testes coram ipsis et iudice iurent de veritate dicenda; ex *cap. 2, 10, 39, h. t. X:* unde principium « *testis non iuratus non probat* ». Iurat vero se non dicturum nisi veritatem non in odium personae, sed in amorem veritatis, *cap. 47, h. t. X.*

476. Quaeritur an partes possint remittere testibus iuramentum. In genere respondetur *in civilibus* non prohiberi huiusmodi renunciationem, dummodo in iudicio non agatur de iure tertii nec de bono publico atque utraque pars in hoc consentiat ex *cap. 39 h. t. X* et *reg. iur. 66 in 6.* — In aliis vero causis, suapte vi, bonum publicum attingentibus iuramentum non remittitur: huiusmodi sunt causae vinculi matrimonialis, beneficiales et criminales, saltem graviores, cf. *cap. 30, h. t. X.*

477. *In civilibus* nihil impedit quominus pars testes producens, et pars adversa intersint testium examini. Imo ad hoc ius habent, neque a iudice excludendi sunt nisi graves obstent

rationes, quas iudex suo decreto comprobare debet (1). Ipsa pars testes producens et pars adversa audientes testium responsiones, expostulare possunt, ut aliae fiant interrogationes a iudice; at ipsae partes directe testes interrogare non valent.

Quoad responsiones ita cavet *cod. cit. Greg. a. 659*: « Testis suam faciet attestationem quin illi fas sit scriptam legere depositionem: attestatio cum declarationibus praeliminaribus enunciatis *art. 656*, debet redigi in scriptis in processu verbali: fiet mentio an interrogationes faciendae singulo testi ad normam *art. 657*, illi factae sint *ex officio*, aut *ad instantiam* unius aut alterius partis. — A cancellario legitur testi sua depositio; hic poterit ea mutare aut addere quae opportuna censeat: haec notabuntur in calce depositionis et aeque legentur testi, facta interrogatione an persistat in iis omnibus quae testatus est » (2).

Quia depositiones scriptis referuntur, easdem in signum confirmationis subscribent ipsi testes, nec non alii qui examini interfuerunt, nempe iudex et cancellarius nec non pars producens et adversa pars quotiescumque examini praesentes fuerint. *Arg. cap. 7, X, De test. cog.* — Cf. Schmalzgrueber, *tit. De test. et attest. n. 93 seq.*

478. In *criminalibus iudiciis* et in causis directe respicientibus bonum publicum, proindeque obnoxiis magis *officio* iudicis quam partium *instantiae*, servantur in examinandis te-

(1) *Cod. cit. Greg.* habet, a. 658: « Pars aut eius procurator non poterunt interrumpere testis depositionem, neque huic *directe* aliquam interrogationem facere; sed haec dirigenda erit iudici instructori sub poena mulctae non minoris duorum scutatorum etc. »

(2) Denique advertatur iuramentum a teste praestandum esse *ex iure comm. ante depositionem*; arg. *cap. 17, 29 h. t. X.* — Nihilominus si alicubi vigeat consuetudo illud exigendi *post depositionem*, huiusmodi mos non absolute reprobatur, dummodo testes probe sciant, depositiones factas esse postea iuramento confirmandas; cf. Pirhing, *h. t. n. 117.*

stibus omnes regulae supra explicatae; sed specialis quaestio est an in huiusmodi causis pars testes producens et adversarius adesse possint ipsi examini seu interrogationibus iudicis et congruis responsionibus testis (1).

Inst. cit. S. C. EE. et RR. 11 Iunii 1880, a. a. 17, 18, iubet testes singillatim seu remotis partibus audiendos esse et etiam sub iurata obligatione secreti a teste servandi, si casus ferat. — E contra iure Decretalium *cap. 2, h. t. X*, decernebatur *in fin.: « Ecce admonendus est semper adversarius ut ad audiendos testes veniat; quod quia omissum est, necesse est, ut quod contra legem actum est, non habeat firmitatem »*. In facti specie agebatur de quaestione criminali. — Iamvero certum est, hodiernam praxim et legem iudicialem contineri *in art.* relatis *cit. Inst.;* ius vero Decretalium antiquius quoad hoc exolevisse, uti exolevit ius rom. idem praecipiens. — Commentatores ut accommodarent ius scriptum hodiernae consuetudini et ius vetus novo iuri, non parum detorserunt literam *cap. 2 cit. et legem 1, Cod. De testibus* (2).

Verum in propositum attendenda est mutatio inducta a iure Decretalium recentiore in ius vetus per celebrem const. Inn. III in *cap. 11, De prob. X*, qua Pontifex constituit iudicia scriptis agenda esse, uti probavimus. Proinde vetus praescriptio erat apprime necessaria, cum iudicia scripta in more adhuc non esset: quomodo enim poterat quis se defendere contra depositionem testis *ex officio* vel *ab adversario* producti, si attestationem non audierat, neque illam perlegere poterat authentice *in acta* exaratam? Quamobrem concludimus, certam esse hodiernam praxim eamdemque solidissimis rationibus innixam, quae iubet testes in supradictis causis audiendos esse *regula generali* remotis par-

(1) Verum etiam *in criminalibus*, nisi testis interrogetur *secreto* ad inquisitionem partis, cuius interest, admitti potest ut videat testes productos eosque iurare audiat. Cf. Inst. Aust. cit. Card. Rauscher § *226*.

(2) Cf. Devoti, *Inst. can. lib. 3, § 18, not. 7.*

tibus aliisque testibus. Inquam *regula generali*, nam adesse potest casus quo expediat testem *ab adversario* vel *ex officio* productum interrogare coram eo, adversus quem affertur. Pars enim potest iudici suggerere utiles interrogationes; sed res periculi plena est, et praecipue testis *ex officio* productus non debet facile submitti huiusmodi *quaestioni* seu *comparationi*, uti solet dici (1).

479. Cum iudex ex testibus factorum *scientiam* haurire debeat, haec sedulo animadvertenda sunt:

1) Interrogationes dirigendae sunt non solum in factum a parte propositum, sed etiam in conditiones seu qualitates testium. Iudex enim cognoscat oportet testis aetatem, patriam, officium et relationes cum alia parte et cum facto attestando, ut eius attestationes rite perpendat. Unde interrogatoria solent semper incipi cum istis interrogationibus quae dicuntur *generales*.

2) Istae praecipue diriguntur ad investigandum scientiae fontem seu modum quo testis rem didicit.

Testes enim alii sunt de *scientia*, alii de *credulitate*, alii de *auditu*, alii de *fama*.

a) Est de *scientia* qui factum cognovit *ex se*, seu *immediate* factum percepit per naturale organum cognitionis illi facto adaequatum; scilicet vidit homicidium, audivit blasphemiam, gustavit rem venenosam et ita porro.

b) Est de *credulitate* qui non *immediate* factum percepit sed desumit per coniecturas, utputa qui videns aliquem praecipitem fugere suspicatur, hunc interfecisse eum hominem posthac exanguem inventum.

c) Est de *auditu* qui facti narrationem audivit.

d) Est de *fama* qui deponit de facto percepto ex pervulgata populi opinione. Patet, quod maximam fidem merentur, ceteris paribus, testes *de scientia*, cf. c. c. *15-20*, caus. 3,

(1) In criminalibus aliisque causis *ex officio* actis, quibus veritas requiritur *comparatur* testis cum alio teste vel cum parte, si haec admittatur ad audiendas illius depositiones, ut subsumat vel explicet vel alia deducat

q. 3: alii pro rerum adiunctis illam merentur, quam sibi vindicant argumenta, quibus attestationes innituntur: cf. *cap. 13, De prob. X* (II, 19).

Dein iudex eruditus de testis conditione et qualitate proponat interrogationes in factum directas, seu *speciales.*

480. Responsionum valor probativus potest considerari sub duplici aspectu, nempe:

1) *absoluto,* et

2) *relativo.* — *Absolute* perpenditur in seipsa attestatio, quum advertitur, an testis dubitanter et cum animi haesitatione aut omni procul dubio asseveret aliquod factum, vel neget. — *Relative* vero consideratur sive quoad alios testes, sive quoad eorum attestationes. Videlicet *quoad alios testes,* ut appareat *quot* et *quales* deponant de aliquo facto; *quoad attestationes* ut appareat an circa idem factum sint concordantes aut contradictoriae.

481. Circa numerum testium de facto ad fidem faciendam necessariorum in iure can. est celebris dispositio generalis ut ad plenam probationem sufficiant duo testes omni exceptione maiores: ex *c. c. 4, 10, 23, h. t. X.* — Canones magnopere insistunt huic regulae pene evangelicae ex illo Matth. *cap. 18, v. 16:* « *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum* ». Aliunde ipse sensus communis hoc principium docet, ut habet Ulpianus *l. 12, ff. h. t.:* « Ubi testium numerus non adiicitur, etiam duo sufficiunt ».

Sponte sua, ex diverso, in foro Ecclesiastico enatum est aliud principium *dictum unius, dictum nullius,* cui effato consonat Paulus in *l. 20, ff. De Quaestionibus, aiens « unius testimonio non esse credendum ».* Sed istae regulae nimis rigide intelligi non debent, ne irrepat absurdum computationis aritmeticae in ponderandis probationibus a quo scopulo non sufficienter nec omnes fuerunt immunes pragmatici utriusque fori; unde in hoc propositum recolenda sunt, quae disseruimus agentes *De probationibus.*

Revera regulae enunciatae, duos testes plenam facere probationem, illa fit limitatio, *dummodo sint omni exceptione maiores*. Et hoc clare significat, regulam non esse absolutam, sed submissam iudicis prudenti arbitrio. Ita unus testis non solet in hominum aestimatione plene probare aliquod factum, tamen tot sunt exceptiones, ut etiam haec regula subiaceat iudicis prudenti arbitrio. Hinc quando causa vel non est magni ponderis, vel nullum adest tertii praeiudicium, vel aliunde ex natura negotii alter testis haberi facile non potest, canones admittunt, unum testem sufficere, utputa ad probandum aliquem fuisse baptizatum, aliquem esse clericum, aut in extremis aliquem sufficientia dedisse poenitentiae signa. Ex *cap. 22, h. t. X*, attestatio matris de existentia impedimenti prohibet quominus filius matrimonium contrahat; agitur enim de vitando peccato. In crimine sollicitationis etiam cum uno teste procedi potest. Cf. Bened. XIV, *Const. Sacramentum poenitentiae.* Maxime vero testes *qualificati,* uti medicus, chirurgus, deponentes quasi personae publicae ex suo officio plenam solent facere fidem. Proinde haec exempla docent, iudicem ex natura et qualitate testium et causarum indole, desumere debere utrum unus testis sufficienter probet.

Aliquando vero *ipsa lex* plures requirit testes non solum ad actus extraiudiciales, sed etiam iudiciales. Ex *cap. 5 et 7, De frig. et maleficiat., X* (IV, 15) in causa nullitatis matrimonii ex capite impotentiae coeundi requiritur testimonium *septimae manus* utriusque coniugis, seu producendi sunt septem testes utrinque, qui deponant *se credere* coniuges revera esse operi coniugali impares.

Iuxta *c. c. 2 et 3, caus. 2, q. 4,* ad clericos condemnandos requiruntur plusquam tres testes, et ad condemnandum Episcopum septuaginta duo testes necessarii dicuntur. Sed praxi non sunt recepta, quae sancita fuerunt de enormi testium numero contra Cardinales, Episcopos, presbyteros. Iam *cap. 37,*

h. t. prohibuerat effraenatam testium multitudinem limitans ad quadraginta. Cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 68.* — Iudici vero semper in animo insideat illud sensus communis effatum: testes non tantum sunt *numerandi*, quam *ponderandi*.

482. Re quidem vera ex prudenti examine attestationum plurium testium quoad idem factum praecipue desumenda est eorumdem vis probativa. Nam exinde *plures* testes possunt fieri *singulares*, si eorum attestationes in idem non concordent; quum plures testes non idem factum, sed diversi diversa facta testantur. Hoc sensu Schmalzgrueber *h. t. n. 105*, ait eos esse *singulares* (1) singularitate:

1) *adversativa* si attestationes sint inter se pugnantes et contradicentes;

2) *cumulativa* si attestationes deponant diversa unius facti adiuncta, seu in unum spectantia; quare testes singuli diversum factum, vel facti adiunctum attestantur;

3) *diversificativa* si attestationes non contrariae, sed sint impertinentes, ita ut una deponat factum, alia aliud quae inter se discordant, sed non contradicunt. Ita *singulares* sunt *plures* testes, inter se comparatis eorum attestationibus.

Attestatio vero unius testis suam amittit vim aut parvi fit, si testis sit *varius* vel *contrarius* vel *vacillans*. — Iuvet hanc analysim proposuisse, ut oculis iudicis subiiciatur natura examinis perficiendi, tum quoad testes tum quoad attestationes; sed non exinde licet certas probationum deducere regulas, quae ob casuum peculiarium indolem fere semper essent fallaces. Ita ex. gr. testes singulares singularitate *cumulativa* mirifice factum comprobant, quum diversi eiusdem facti diversa attestantur adiuncta

(1) *Caput 32, h. t. X* adnotat « eorum probationem esse insufficientem, eo quod singuli essent in suis testimoniis singulares ». Ita *duo* senes Susannam accusantes erant singulares, quorum alter adulterii crimen ab ea commissum dicebat sub *prino;* alter sub *schino.*

unde alicuius facti plena attestatio derivat. Haec enim attestationum concordia haberi non potest, nisi a veritate testes manuducantur.

§ 3. *De publicatione attestationum, de nova testium productione et de exceptionibus adversus testes.*

Summarium. — 483. Quaeritur quomodo attestationes tum in *civilibus* tum in *criminalibus* publicentur. — 484. Publicatis attestationibus, alii testes produci non valent *super iisdem articulis.* — 485. Quando hoc permittatur ob speciales causas. — 486. Nihil prohibet quominus super aliis articulis iidem vel diversi testes produci possint, dummodo nimium non producatur dilatio probatoria, neque fiat collusio. — 487. De tempore et modo proponendi exceptiones adversus testes. — 488. De expensis, in productione testium necessariis, resarciendis.

483. Testium examen, uti ceterae probationes, iudici directe comparatur ad veritatem facti detegendam; sed inquiritur, an partibus *publicari* debeat seu *denunciari*, ut se defendant si casus ferat. — Iamvero in *civilibus* quando partes praesentes fuerint examini, nulla opus est publicatione, et planum est. — Proinde necessitas *publicationis* urget dumtaxat quum partes *in civilibus* non adfuerint examini; urget vero semper in *criminalibus* aliisque *causis* ratione *boni publici* agitatis, in quibus testium examen fit remotis partibus.

Et in primis quaeritur, an sit *de substantia* processus huiusmodi publicatio, adeo ut, hac posthabita, processus non valeat. Ad solutionem quaestionis plures casus considerandi sunt. Nam *primo* in *civilibus* huiusmodi publicatio non fit nisi ad *instantiam partis* cuius interest examen cognoscere in sui defensionem. — In *criminalibus* aliisque id genus causis si pars ad quam spectat, *instat* pro cognoscendo examine, hoc publicari debet (cf. *Inst. Aust. cit.* §§ *164, 226, 230*); quam publica-

tionem si deneget iudex, ab huiusmodi sententia appellare potest pars cuius petitio reiecta fuit: *arg. cap. 22, De sent. et re iud. X* (II, 27). Et tunc in causa appellationis quaeritur, an iudex ob *legitimas* rationes publicationes denegaverit; utputa ob bonum publicum seu ob necessitatem servandi secretum; et huiusmodi causae *sunt legitimae*, dummodo aliunde sufficienter consultum sit defensioni partium. — Praeterea in huiusmodi causis respicientibus bonum publicum, si iudex secreto testes interroget *ex officio*, attestationes publicandae sunt *ex officio*, ut adversus easdem locus sit necessariae defensioni. Inquam *locus sit defensioni;* si enim factum attestationibus comprehensum sit *notorium*, vel aliunde adversae parti iam plena facta sit facultas probandi per testes, et nihil probare potuerit, adeo ut, publicatis attestationibus, timor sit ne testes corrupti producantur, tunc a publicatione facienda abstinendum est. Nihilo secius processui nullus inest defectus substantialis; quia attestationes de se iudici inserviunt, et alteri parti tantum publicandae sunt in scopum defensionis. Sed casus negatae publicationis est gravis, et hinc raro admittendus.

484. Quaeritur, an partes possint, publicatis attestationibus, alios producere testes? Ius canonicum probe cognoscens labilem esse hanc probationis speciem, nisi omnibus cautelis valletur, statuit *super eisdem articulis* partes veteres testes vel novos producere non posse, cum didicerint attestationes priorum testium. Adest enim proximum periculum subornationis quoad testes eo consilio productos, ut corrigant priorum dicta.

Praeterea expressa lex est, *cap. 17, h. t. X*, et *Clem. 2, h. t.* (II, 8); nimirum super iisdem articulis novos vel testes iam adductos iterum produci in gradu quoque appellationis non posse. Proinde pars adversa, quae velit oppugnare testes productos ab altera parte, cognito productionis decreto, et ipsa debet alios articulos deducere eorumdem vel aliorum testium interrogationibus supponendos, vel postquam peractum est

examen, alios producet testes ad deponendum super iisdem articulis partis adversae, vel super aliis (1).

485. Verum regulae prohibenti novas testium productiones super iisdem articulis publicatis fiunt exceptiones:

1) in *cap. 48, h. t. X;* si nempe *testes* ex malitia vel negligentia iudex praetermisisset interrogare super articulis a parte propositis;

2) in *cap. ult. X, De prob.*, (II, 19), pro casu quo deperdita vel aliter nulla essent acta causae: tunc repeti possunt super iisdem articulis testium receptiones;

3) quando iudex ad dubia exorta dissolvenda putat necessariam aliam testium super iisdem articulis auditionem, ex *cap. 10, X, De fide inst.* (II, 22).

4) Licitum est non solum iudici, sed et partibus in causis non transeuntibus *in rem iudicatam,* quales sunt *causae matrimoniales, causae capitales, arg. cap. 35, h. t. X,* alios vel eosdem testes super iisdem articulis citare ad sincere veritatem detegendam. At neminem latet, quanta circumspectione huiusmodi productiones permittere debeat iudex, quantaque prudentia novas attestationes pensare debeat; nam si permittitur novum huiusmodi periculosum experimentum ob extraordinariam negotii gravitatem, tamen latens fraudis periculum iudex ob oculos usque habeat.

5) Denique enunciatur in *cap. 35, h. t. X,* exceptionis notabilis casus. Statuitur enim quod si ex prioribus publicatis attestationibus resultet aliquod facti adiunctum a testibus unius partis comprobatum, vel saltem in medium adductum, quod a parte adversa praevideri non potuit, quaeque nunc postulat idem impugnare, iudex admittat testes super illo articulo, quando haec

(1) Si ad testes productos examinandos una sessio non sufficiat, alia habebitur et alia, observando pro singula vice solemnitates quibus ordinantur dies et locus pro huiusmodi examine.

facti qualitas valde influit ad veritatem facti detegendam. Quare magni facienda est haec exceptio, quia regulae generali necessariam facit limitationem; quamobrem enunciatum principium vetitae productionis eorumdem vel novorum testium super iisdem articulis iam publicatis, ita intelligendum est: ut iudex in causis gravioribus ob necessitatem legitimae defensionis possit permittere, fraudis et subornationis quantum fieri potest remoto periculo, eosdem vel novos produci testes super iisdem articulis iam publicatis.

486. Verum ante publicationem, super iisdem articulis aliae testium eorumdem vel diversorum productiones fieri possunt, nec non super aliis quaestionibus, etsi publicatis super aliis capitulis attestationibus, tum in eadem instantia, tum in gradu appellationis.

Nihilominus iure merito ius can. limitavit numerum productionum testium, ne lites essent pene infinitae, et ne fraudibus facilis pateret aditus. In *c. c. 15, 36, 55, h. t. X*, statuitur tres tantum fieri posse testium productiones; et quartam non admitti, nisi interveniente iuris solemnitate, de qua in *cap. 33, h. t. X.* Solemnitas est, ut pars iuret nec in prioribus nec in hac testium productione fraudem commisisse. — Verum sua aequitate iudex hanc regulam ita interpretabitur, ut eidem derogare valeat, si gravitas casus ferat, afferendo in decreto quartae aut quintae productionis rationes, quibus idem comprobare intendit.

487. In decreto quo iudex publicationem ordinat attestationum, concedat etiam partibus certum terminum quo afferant exceptiones ad reprobandos testes. Exceptiones movent ex triplice capite, nempe:

1) ratione *personae* testis;

2) ratione *modi* quo examen peractum fuit;

3) ratione ipsarum *attestationum*.

Iam diximus quod exceptiones ratione personae testis vel inidonei vel suspecti debent moveri quando partes citantur ad

videndos testes productos: et ad audiendum eorum iuramentum. Attamen haec regula generalis tenenda est: Testis etsi uti inidoneus vel suspectus ab alia parte fuerit accusatus, si deponat contra producentem probat, vel saltem vehementes veritatis ingerit praesumptiones; quocirca a producente postea, cognita attestatione, repelli non potest. Item probat contra producentem, si iste ante cognitam contrariam attestationem nullam movit exceptionem; quam opponit tantum post habitam contrariae sibi attestationis notitiam. Excipitur casus quo postea enata sit vel cognita ratio personalis exceptionis: sed haec aperte probari debet, *can. « Si testis » c. 4, q. 3.* — Exceptio vero in personam mota ante examen, solet probari solum post publicatum examen, ut iam diximus, nisi notoria sit ante ipsum examen inhabilitas testis.

Exceptiones secundi et tertii generis non possunt proponi nisi publicatis attestationibus, uti patet, et partium disceptationi tunc solum obnoxiae sunt. — Ipsae attestationes impugnantur aliis generibus probationum, at post earumdem publicationem per eosdem aut novos testes non impetiuntur, nisi in casu exceptionis iam declaratae. — Per has cautelas ius canonicum effecit ut probatio per testes fieret efficax et sincera.

488. Ex *cap. 10*, § *Proferendo, De rescript. in 6* (I, 3) testes sunt producendi sumptibus ipsius producentis. Quamvis enim testis lucrum reportare non debeat, tamen neque praeiudicium, iuxta adagium *officium suum nemini debet esse damnosum.* Sed parti victrici non semel expensae factae refundendae sunt ab alia parte per decretum iudicis condemnantis aliquando partem victam ad ferendas iudicii expensas, iuxta principia statuenda, de quibus agemus suo loco.

Caput I.

DE TESTIUM OBLIGATIONE AD FERENDUM TESTIMONIUM.

Summarium. — 489. An officium testium sit publicum et hinc, an et quomodo cives cogi possint ad idem explendum. — 490. Quaeritur de modo quo iudex excipit attestationem testis non sibi subditi, vel testis dignitate praestantis. — 491. Clericus cogi non potest ad testimonium ferendum a iudice laico, qui proinde Episcopi auctoritatem invocare debet.

489. Uti consequentia rerum modo explicatarum sequitur praescriptio *tituli 21 « De testibus cogendis vel non » lib. II.* Siquidem munus testis quia est naturâ suâ publicum, quippe in publicum bonum in iudiciis exercendum, etiam in *civilibus* (1) *causis* recusari a cive non potest. Expedit enim reipublicae ut iudicia quoque civilia congrue expediantur. Proinde testes iam legitime citati per poenas quoque cogi possunt; sed antea praemissis admonitionibus ut compareant in iudicium ad testificandum. Nihilo secius adsunt, uti in ceteris oneribus, legitimae excusationis causae.

Quare parentes contra liberos, vel liberi contra parentes testes esse non obligantur; cf. *l. 6, Cod. h. t. et cap. 5 et ult. h. t.* X (II, 21); item uxor contra virum et vicissim vir contra uxorem et in genere cognati et affines contra cognatos et affines, arctioribus tamen sanguinis inter se vinculis adstrictos (2). Ius commune etiam in hoc admodum defert iudicis arbitrio prudenti. In aliquibus causis, veluti matrimonia-

(1) Imo canonistae asserunt, in *causis criminalibus*, fideles non aeque adstringi ad attestandum. Cf. Reiffenstuel, *h. t.* 20.

(2) Codices hodierni quonam in gradu cognationis, consanguinei et affines excusentur a testimonio dicendo inter se, *taxative* determinant: cf. *Cod. Greg. cit.* § *626.*

libus etiam pater in filium cogi potest ad testandum: *arg. cap. 5, h. t. X.*

490. In propositum fiunt sequentes quaestiones:

1) Quid iuris si testes examinandi alienae subsint iurisdictioni? Quia iudex suos subditos tantum citare potest, in isto casu citatio expediri debet per literas iudici competenti datas, ut testes suae iurisdictioni subiectos citet ad locum iudicii in quo eorum testimonium exquiritur. — Quod si testes ob nimiam distantiam vel aliud iustum impedimentum personaliter accedere nequiverint, tunc concedendae sunt alteri iudici literae *remissoriae*, quibus hic invitatur ad examen testis, vel testium perficiendum, ei denunciatis articulis quaestionum proponendarum. Quapropter iste iudex negotium in se suscipit, illudque secundum ordinem iuris perficit, ac depositiones testium in scriptis redactas sub suo sigillo clausas iudici exquirenti transmittit. Cf. *leg. Iudices Cod. De fid. inst.*

2) Item quamvis regula sit ordinaria ut testes audiantur in ipsa sede tribunalis, tamen si examinandae sint personae, quae *egregiae* dicuntur, scilicet illustres vel aliqua dignitate praecellentes, nec non alii audiendi sint aliquo legitimo impedimento quo minus iudicio sistant detenti, ipse iudex vel alter de illius mandato cum notario accedit ad ipsas personas, ex *cap. 8, h. t. X.*

491. Etiam clericus cogi potest ad testimonium ferendum in causis civilibus apud civiles iudices, can. *Quamquam 2, caus. 14, q. 3 et Gloss. ib. V, Occultetur.* At ratio difficultatis est, clericos cogi non posse ad testimonium ferendum a iudice laico a cuius iurisdictione immunes sunt. — Quamobrem examen clerici proprius Episcopus, ad instantiam iudicis laici excipiet, et huic remittet acceptam depositionem; vel idem Episcopus delegabit alium clericum, ut assistat iudici laico quando clericus inductus uti testis iuramentum emittit et facit attestationem. Hanc esse praxim observatam testantur Doctores post

Abb. in *cap. 8*, *De test. cog.* - Cf. Pirhing, *h. t. n. 24.* Reiff. *De testibus, et att. n. 507.* — Hodiernis vero in adiunctis ubi non vigent Concordata, quando iudices laici. clericum cogunt ad testificandum, hic adeat Episcopum. Qui si casus urgeat, nempe dimittendi statim clericum ad tribunal laicale, eidem iniungat, ut meliore modo protestetur se cedere coactioni; si vero adsit tempus opportunum, nec aliunde habeat certas instructiones a Sancta Sede, rem exponet S. Congr. Immunitatis, quae hodie unita est S. Congregationi Concilii, vel recurret ad Sacram Poenitentiariam, vel immediate Papam consulat per Secretariam Status. Cf. cl. Santi, *h. t. n. 3.*

TITULUS IX.

DE PERITIA ET ACCESSU IUDICIALI.

Huc referant. tit. 19 lib. II, et 15, lib. IV, X.

Summarium. — 492. Aliquando requiruntur testes *periti.* — 493. Praeterea iudex ipse aliquando rem controversam suis oculis inspicit, adhibitis etiam attestationibus testium, vel peritorum consilio: tunc fit *accessus iudicialis.*

492. Testes deponunt de facti notitia *immediate* per sensus percepta, sed aliquando ad veritatem detegendam oportet ex facto sensibus noto ad ignotum procedere, ad quod non devenitur nisi per subsidium ratiocinationis. Hac ratione iudex devenit ad sententiam definitivam arguendo ex *actis* et *probatis.* — Verumtamen si rationalis inquisitio innitatur principiis alicuius scientiae vel artis, tunc adhibendi sunt homines in illa scientia vel arte periti, seu instituitur *peritia.*

493. At non semel iudici non sufficiunt simplices de existentia alicuius facti attestationes, neque peritorum relationes de eiusdem qualitatibus et natura; quum nempe quaestionis definitio pendeat a nonnullis et variis facti adminiculis, quae probe disci non possunt a iudice nisi ipse rem suis oculis videat et exploret. Nam scriptae relationes saepius necessariam rerum et locorum non ingerunt notitiam. Tunc necesse est ut iudex ipse rem vel locum inspiciat. — Iste modus quo iudex sibi comparat suis oculis obiecti litis necessariam cognitionem, est plane species probationis, quippe ordinatur ad sententiam iudicialem controversiae definitivam, et appellari solet *accessus iudicialis.*

Ex hac simplici enunciatione utriusque medii probationis patet quomodo causae instruendae mirifice inserviant, nec non quanam ex parte inter se hae species probationum conveniant aut discrepent. Sed praecipue advertatur nihil obstare quo minus

ipsi iudicis accessui uniantur elucubrationes peritorum, nec non testium asseverationes, quando nempe iudex ad plenam rei notitiam indigeat virorum in arte peritorum consilio ad explorandam certam facti qualitatem et simplicibus testium attestationibus ad materialem facti notitiam.

Alterum vero ex hisce probationum mediis aut utrumque simul adhiberi solet in controversiis de *novi operis nunciatione*, *in causis damni infecti*, *in controversia de finibus parochiarum*, *dioecesum regundis*, de *dividendo* aut *assignando parochiae* aut *dioecesis territorio*; item in *causis matrimonialibus quoad coeundi impotentiam* matrimonium dirimentem, aut *quoad factum non secutae consummationis;* in *criminalibus* item adhiberi solent veluti, in causa *homicidii, vulnerationis*.

Primo disseremus de peritia, dein de accessu.

CAPUT I.

DE PERITIA.

Summarium. — 494. Iampridem peritorum opera adhiberi soluit in iudiciis. — 495. Periti adhiberi possunt qua *arbitri* et qua *testes periti*. — 496. Quando adhibentur qua *testes periti* ex iure can. positivo, eorum sententiam non necessario sequitur iudex in definienda controversia. — 497. Eliguntur periti vel *ex officio*, vel ad *instantiam* partium. Quot eligi debeant. — 498. Arbitri recusari valent. — 499. An semper iudex *ex officio* deputare valeat peritos. — 500. Quomodo fiat peritia. — 501. An periti cogi possint, non secus ac testes.

494. Peritia, quippe quae perficitur per *testes peritos*, est species probationis. Hac de re praescriptiones iam habentur in iure romano, sed potiores in iure can. in *tit. De prob. c. c. 4. 14*, *X* (II, 19) et *tit. De frig. et malef. 3. 6, 7, X* (IV. 15), quibus invocatur testimonium honestarum et prudentum matronarum *in opere nuptiali expertarum* in causis de impotentia coeundi. Sed praecipue opera Romanae Rotae amplissima habita est huius probationis evolutio, uti refert De Luca in *Disc. 33. De iud. n. 19 seq.*

495. Iste Doctor advertit peritos adhiberi posse uti *arbitros*, et uti *testes peritos*. — Habentur quasi arbitri quando in aliqua controversia, necessaria sit opera *assessoris*, uti loquitur *cap. 1, De rescrip. in 6*, seu hominis periti ab ipso iudice vel a partibus deputati, cuius iudicium exquiritur ad definiendam controversiam: in hoc casu suffragia peritorum habent vim *laudi* ceu sententiae arbitrorum. Iure romano periti adhibebantur praecipue sub forma arbitrorum: cf. *l. l. 8, ff. Fin. regund. et eiusd. tit. Cod. 3 et 9, 10 ff. « Qui satis dare cogant »*.

Periti si quasi arbitri deputentur, vis peritiae est definitiva litis, et de his teneantur quae diximus *de arbitris*.

496. Aliud dicendum est de peritis constitutis a iudice vel a partibus ut proferant proprium suffragium et consilium circa qualitates et naturam alicuius facti. Tunc iudex, *ex iure posit. can.* non cogitur sequi peritorum opinionem, sed legitimis de causis potest etiam contrariam dare sententiam. — Huiusmodi enim periti sunt testes, qui antea de facto sensibus obiecto testari debent; dein, subsidio suae artis de eius qualitatibus et effectibus, non perspiciendis per simplicem inspectionem aut materialem perceptionem, sed intimius scrutandis per discursum a causa ad effectus, suam sententiam aperire debent. Iamvero quia iudicis est sententiam edere definitivam, eamque ex *morali certitudine* seu ex subiectiva persuasione proferre, non ei fas erit adhaerere peritorum suffragio quando eorum argumentationes non illi persuadeant consequentiam in quam deveniunt.

Verùm iuri positivo via patet dandi sententiae peritorum tantam vim ut ab eadem discedere non valeat iudex; et hoc obtinet ius positivum decernendo, opinionem peritorum unanimi suffragio utputa manifestatam, constituere *probationem plenam legalem*, nempe sufficientem ad sententiam definitivam. Iudex enim tunc conformare debet proprium iudicium huic probationi, quam ipsa lex uti plenam decernit. At iam advertimus *ius posit. can.* hanc vim non contulisse peritorum sententiae (1). Hinc

(1) Cod. cit. Greg. ordinans probationem per peritos a. 686 seq. in hoc propositum ita decernit a. 720: « *Iudices non coguntur conformare proprium iudicium opinioni peritorum contra propriam persuasionem* ». Idem iam decreverat cod. process. Gall. a. 323, idemque decernit cod. process. Ital. a. 270. — Antiqua iurisprudentia expresserat hoc principium illo axiomate « *dictum peritorum nunquam transit in rem iudicatam* » In *codice Germanico,* uti in textu iuris can. non habetur expressa definitio huius quaestionis, quae tamen implicite resolvitur per aliud principium, nempe iudicem usque debere iudicare iuxta suam persuasionem, exceptis casibus in quibus alicui probationi *vis legalis* ab ipso iure tribuitur, uti fit in praesumptionibus. Huiusmodi *vim legalem* plenae probationis sententiae peritorum concessit *codex Aust. process. civ.* §§ *258, 259,* quando

in causa matrimoniali de impotentia in qua artis phisicae periti adhibentur ad testandum de conditionibus facti, iudex priusquam decernat iuxta peritorum attestationes, alias probationes exquirere potest, veluti coniugibus deferendo iuramentum, vel etiam intimius examinando modum et valorem attestationum peritorum.

497. Periti eliguntur et deputantur *ex officio* a iudice, vel ab *ipsis partibus*.

Quando partes petunt peritorum examen, iudex decernet an peritia admitti debeat, qua admissa, decernet obiectum circa quod peritis deliberare committitur. Decreta peritorum admissione, partes eligunt unum vel tres peritos vel etiam quinque (iùs positivum non vetat) at satius est non plures eligere, ne fiat confusio. — At eligent semper numero dispari ne desit maioritas votorum. — Si partes non concordent in eligendis peritis, vel nolint eligere, eliget iudex. Idemque vel omnes *ex officio* eliget et deputabit, vel alium aut alios adiunget, si electi a partibus non concordent, vel peritiam non recte exhibuerint.

498. Est potissima differentia inter peritos a iudice deputatos et a parte electos. Nam partes possunt recusare, *ordinarie*, peritos a iudice electos, et admitti debent causae recusationis si sint legitimae. Pars vero, et planum est, non posset dein recusare a se electos, nisi motiva recusationis postea enata aut solummodo cognita sint. Arbitros ab adversa parte electos re-

eadem exprimit opinionem concordem duorum peritorum. Instructiones S. Sedis datae pro causis mat., nempe altera edita a *S. Cong. Concil.* a. 1840 et altera a *S. Cong. S. Offic. (sine data)* referunt principium contrarium, quia remittunt prudenti iudicis arbitrio acquiescere peritorum sententiae, vel alias exquirere probationes. — *Inst. Aust. cit.* exprimit conceptum *cod. civ. Aust. aiens* § *228:* « Per depositionem conformem duorum testium iuratorum et fide undequaque dignorum necnon per consultum conforme duorum rei peritorum, qui scientiae iam documenta praestiterint et a partium studio sint alieni ac respective iurati, factum circa quod depositio vel consultum versatur, plene probatur ».

cusare alteri parti, legitima de causa, integrum est. Siquidem periti probitatem et scientiam habeant oportet, ut veritatem cognoscant et significare *velint*, quare non secus ac testes qua *inidonei* aut *suspecti* recusari valent, quod exploratissimi iuris est.

499. *Ex officio* deputantur a iudice etiam nulla *praevia* partium *instantia*, aut iisdem partibus contradicentibus, quando necessarium hoc putat aut maxime opportunum ad veritatem detegendam, — Iam advertimus quod taliter electi periti possunt recusari.

500. Periti, sacramenti religione adstricti, suum munus explent. — Tempore a iudice constituto, hi de quaestione referre debent: interim tum a iudice tum a parte et a testibus, si casus ferat, necessarias declarationes exquirere possunt. Imo cum procedunt ad examen obiecti controversiae partes invitari *ordinario* debent, ut peritis, adstante iudice, suggerant opportunas animadversiones. Insuper cancellarius interesse debet qui in actis fidem faciat de examine peracto et de aliis adiunctis. — Relatio vero examinis seu peritiae ab ipsis peritis est facienda quae si possibile est, fiat scriptis, quam partes impugnare possunt sive ratione modi sive ratione materiae. — Exarata scriptis peritiae relatione, expedit etiam peritos interrogare, ut melius explicent atque confirment quae scriptis retulerunt. Huiusmodi interrogatoria post scriptam relationem expostulat Inst. S. Cong. Concil. a. 1840 pro causis mat. — Si prima peritia inutilis evadat, non prohibetur secunda; tamen quoad peritos deputandos recolantur quae determinavimus de productione testium, et ea, servata debita proportione, custodiantur etiam in hoc casu (1).

(1) In *cod. cit. Greg.* iuvat attendere has praescriptiones, quae utiliter observantur etiam in foro eccles. — In *art. 687* decernitur: « Sententia quae admittit probationem *per peritos* innuet clare peritiae obiecta; nominabit peritos.... Si exploratio quae est scopus peritiae fieri debeat

501. Cum periti non deponant praecipue de facto quod ipsi suis sensibus perceperunt, quodque ipsi tantum attestari possunt; sed a facti cognitione vel relatione per scientiae vel artis principia ascendant ad causas vel effectus eiusdem facti, non possunt cogi ad officium suscipiendum uti coguntur testes. Nam testis est tantummodo ille qui factum cognovit, periti possunt

extra locum in quo residet tribunal, vel si extra eumdem locum, domicilium habent periti, actus relativi ad peritiam poterunt delegari iudicibus illius loci... »; a. 695: « Iudex instructor cum adsistentia cancellarii, auditis partibus et peritis, si hi explere debeant aliquam inspectionem quae exigat visitationem localem, constituet diem et horam ad eamdem perficiendam; aliis in casibus decernet, peritos coadunari collegialiter coram eo, die et hora statutis pro recipiendis partium informationibus, et hinc incipienda peritia »; a. 701: « Die constituto a iudice instructore, periti, quin alia detur invitatio, accedent ad loca pro perficiendis inspectionibus sibi commissis: partes, si velint, poterunt peritos comitari aut suos mittere procuratores pro suggerendis necessariis notitiis »; a. 702: « Quando nulla fieri debeat inspectio, periti, die et hora constitutis, habebunt conventum coram iudice instructore. Partes aut earum procuratores suppeditabunt iisdem informationes et notitias ad rem accomodas, etiam exhibendo scripta instrumenta. Si ad hunc effectum non sufficiat una tantum sessio, periti, successive, alias poterunt habere sessiones: et iudex instructor, novi conventus diem et horam destinabit »; a. 707: « Relatio peritorum continebit inspectiones in locis factas, animadversiones et notitias sive sponte datas, sive exquisitas; nec non exhibita documenta; demum continebit sententiam peritorum rationibus innixam in quam maior pars descenderit, itemque continebit rationes dissensus, si sententiae sunt discordes, *quin exprimantur singuli periti opiniones.* — Relatio exarabitur ab uno ex peritis, subscribenda a ceteris.... » (Ratio ob quam exprimi non debent cuiusque periti opiniones *cum expressione nominis* est, quia iudex attendere debet *pondus* rationum, non *auctoritatem* personarum); a. 708: « In exhibenda relatione iudici instructori, periti iurabunt de veritate rerum in ipsa contentarum ... » a. 711: « Expensae ad peritiam explendam in antecessum exsolventur ab ea parte quae peritos exquisivit. — Si peritia ordinata sit *ex officio* a iudice, litigantes et quisque pro rata in antecessum expensas exsolvent ».

esse omnes qui artem vel illam scientiam calleant. — Excipitur casus quo nullus alius adesset idoneus peritus.

Quum peritus volens adhibeat suam operam, sequitur, partes illi honorarium rependere debere pro opere impenso in peritia conficienda. Peritus vero qui, onere iam suscepto, negligit idem implere tempore et modo a iudice praestitutis, partes indemnes reddere debet, de non peracta, vel culpabiliter non bene peracta peritia. Cf. De Luca, *l. cit.*

Caput II.

DE ACCESSU IUDICIALI.

Summarium. — 502. Accessus iudicialis est medium probationis. — 503. Decernitur accessus *ex officio* vel ad *instantiam partium*. — 504. Iudex invitare ordinario, *in civilibus*, debet partes ut adsint *accessui iudiciali* de quo semper in actis constabit. — 505. Expensae a partibus exsolvendae in antecessum. — 506. Tum in civilibus tum in criminalibus *peritia* et *accessus* adhibentur, sed diversimode.

502. Modo quid dicamus de accessu iudiciali. Huiusmodi accessus ad locum *facti controversi* est medium accommodum instruendo processui, quatenus inservit magnopere iudici ad perpendendum valorem et probationum vim. Re quidem vera probationes afferre partes debent; iudex vero inspicit locum vel rem ut recte aestimet, quanti sint facienda ea omnia quae allegata et probata sunt in iudicio.

503. Proinde iudex *ex officio* decernit accessum iudicialem, quem per se vel per iudicem delegatum exequitur, et quamvis partes postulent a iudice, ut accedat ad locum controversiae, non tenetur obtemperare *instantiae partium*, nisi ipse hoc putet opportunum ad probationes melius elucidandas: est enim medium probationis omnino *subiectivum* (1).

(1) In cit. cod. Greg. haec praescribuntur, a. 721: « Quotiescumque sit necessaria pro definienda causa, ocularis locorum inspectio, iudex, *ad instantiam* partium, aut *ex officio* poterit decernere *accessum* »; a. 722: « Sententia quae accessum iubet, praecise eiusdem determinabit obiectum: praescribet partibus, aut parti quae in antecessum expensas exolvere debent, ut apud cancellarium pecuniae summam deponant.... » a. 723: « Si iudex opportunum ducat, poterit *ex officio* deputare in eadem vel alia sententia unum aut plures peritos, aut etiam committere iudici instructori ut hos deputet in loco controversiae »; a. 726: « Die et hora constitutis iudex,

504. Quando iudex accedit, potest invitare partes, et testes aut peritos adhibere, qui referant de loci vel rei conditionibus; sed non tenetur hoc facere. — Verum quia ius commune huiusmodi solemnitates non exquirit, modum perficiendi accessum iudex determinabit, curans ut examussim respondeat veritati congrue detegendae. De habito accessu in actis semper apparere debet *in civilibus*. Item observandum in *criminalibus* nisi gravissimis de causis iudicis *accessum* celare expediat. Cf. Schmalzgrueber *tit. De prob. n. 19.*

505. Pro accessu iudiciali quippe qui est actus extraordinarius iudex indemnitatem a partibus pro se aut pro iudice delegato exquiret. Cf. *cap. 11, De rescript. in 6*, § *Adsessorem* (II, 3).

506. Ea quae disseruimus de peritia et accessu iudiciali praecipue accommodantur processui in causis *civilibus*. — Quoad *criminales* advertatur, has utrumque medium probationis non semel expostulare, sed adhibitum per secretam inquisitionem, quin tamen partibus prohibeatur necessaria defensio ipsis concedenda *publicato processu*.

una cum cancellario, peritis, et partibus aut earum procuratoribus, si partes hoc opportunum esse arbitrentur, accedet ad locum controversiae, et peraget inspectiones in sententia ordinatas »; a 727: « Partes aut earum procuratores poterunt in processu scripto accessus, eas facere animadversiones, protestationes, aut declarationes quas sibi utiles arbitrantur »; a. 728: « Poterit iudex delegatus, summario modo in loco inspectionis eos testes examinare quos una aut altera pars producet; aut etiam *ex officio* testes examinabit iudex si hoc expedire arbitratus fuerit.... »

TITULUS X.

DE INSTRUMENTIS.

Huc ref. tit. 22, lib. II-X.

Summarium. — 507. Instrumenta sunt probationes iudicio praeconstitutae. — 508. Instrumenta alia sunt *publica*, alia *privata*. — *Publicum* constare solet tum *protocollo*, tum *transumpto*. — 509. Ex privatis instrumentis alia praecipue vim habent ex subscriptione apposita ad ratihabitionem alicuius negotii; alia consistunt in descriptione cuiusdam speciei negotiorum, quin ullam referant subscriptionem. — 510. Inst. privatum dividitur in *authenticum* et simpliciter *privatum*. — 511. Instrumentum tum *publicum* tum *privatum* continetur in *originali* et in *exemplari*. — 512. Instrumenta publica *plenam* faciunt *probationem*. — 513. Instrumenta privata *subscripta* fidem faciunt *plenam* adversus subscribentes, nisi hi doceant subscriptionem suam non esse. — 514. De argumentis quibus probatur, instrumenta privata esse *authentica*. — 515. Authenticitas instrumenti sive *privati* sive *publici* impetitur *querela falsi*, quae est *civilis* vel *criminalis*, est *incidens* vel *principalis*. — 516. De scripturis *privatis* non subscriptis. — Generatim, huiusmodi scripturae fidem non faciunt in favorem illius penes quem reperiuntur. Verum si ea ratione exarati sint huiusmodi libri, ut publicam vel saltem magnam mereantur fidem, tunc plene probare possunt etiam in favorem illius cuius interest. — 517. De periodo processus qua instrumenta edi debent. — 518. An reus teneatur edere *instrumenta* actori, ut hic suam intentionem probare valeat.

507. Hactenus egimus de probationibus actu iudiciali constitutis; superest dicere de probationibus ipsi iudicio *praeconstitutis*, seu de *instrumentis* quae a veteribus canonistis proinde solent dici *probatio probata*. Verum advertatur, aliquando in fontibus uti in *cap. 4, De test. cog. X* (II, 21) instrumentum lato sensu sumi ad significanda ea omnia in iudicio peracta ad causam instruendam; sed proprio et stricto sensu instrumentum

est « *scriptura ad constituendam alicuius rei futuram probationem confecta* ». Revera *iure communi can.* in actibus conficiendis scriptura est quaedam solemnitas ad *probationem* actus, non ad eius *substantiam;* scilicet actus vi sua pollet, deficiente quoque instrumento, dummodo alias probari valeat. Contrarium passim invaluit codicibus hodiernis, quibus scriptura exigitur ad ipsam actus substantiam (1).

508. Ius praescribens scripturam pro aliquibus actibus, eiusdem modum et formam constituit, seu notarios deputavit et alias recognovit publicas personas pro actibus conscribendis *sub certa forma*. Tales scripturae sunt instrumenta *publica*.

Instrumenta vero dicuntur *privata*, quae conficiuntur a persona privata sub quacumque forma, suapte vi, accommoda ad fidem faciendam rei gestae; cf. *c. c. 7, 11, De prob. X* (II, 19).

Publicum solet subdividi in protocollum (2) et transumptum. *Protocollum* est summaria quaedam et succinta actus gesti adnotatio memoriae causâ facta, ex qua postea instrumentum in solemnem formam extenditur et redigitur. *Transumptum* autem est ipsum originale instrumentum ex protocollo desumptum, in quo plene et cum debitis solemnitatibus res gesta per extensum exponitur. Utraque instrumenti forma vim publici actus habet, dummodo a publica persona, debita forma confecta sit.

509. Quoad privata instrumenta apprime distinguantur quae referunt subscriptionem interesse habentis, et solent appellari *apocha, chirographum, syngrapha;* et quae non referunt subscriptionem, ut sunt libri *rationum mercatorum, nummulariorum, tutorum, curatorum* et *administratorum*, et in genere omnes aliae privatae adnotationes.

(1) Cf. D'Annibale II, 312 et cod. hodiernorum praescriptiones ibi recensitas.

(2) Protocolli nomen derivat a signo quodam in capite chartae apposito; nempe a charta sigillo munita vel *bullata*. Cf. *Nov. 44, cap 2.*

510. Instrumentum privatum dividitur in *authenticum* et *simpliciter privatum.* — Est *authenticum* quando publico sigillo munitur, vel publicatur magistratus aut principis auctoritate, vel eidem subscripserint duo vel tres testes idonei, vel alia ratione recognoscitur per publicam auctoritatem uti verum et genuinum. Ita instrumenta privata in publico archivio contenta, vel alio archivio magna in aestimatione habito, possunt dici authentica, quia praesumuntur admissa non fuisse si qua falsitatis adfuisset suspicio. Alia instrumenta quae nulla gaudent publica recognitione dicuntur *simpliciter privata.*

511. Instrumentum vero tum publicum tum privatum dividitur in *originale* et *exemplar;* quia ipsum instrumentum publice vel private confectum potest in alia exemplaria sive copias reproduci quae, si accesserit testimonium personae publicae de conformitate cum originali, dicuntur *exemplaria vidimata;* et aequiparantur originalibus. Cf. *c. c. 4, De conf. util.* X (II, 30) et *16, De fid. inst.* — Semper in valore aestimando instrumentorum debent istae divisiones prae oculis haberi, quia qualitas scripturae ponitur ad probationem faciendam.

512. Instrumenta publica plenam probationem faciunt in iudicio; pro illis enim stat praesumptio,

a) ex officio publico notarii vel alterius officialis qui deputatur ad publicam fidem faciendam, atque

b) ex solemnitatibus observatis. — Tamen contrariis probationibus possunt impugnari, sive ratione formae, sive ratione materiae in quam dolo, vel fraude defectus irrepserint, sive tempore confectionis sive postea, cf. *c. c. 3, 10, 16, 15, De fid. inst.* X (II, 22) *et 2 De off. ord. in 6* (I, 16). Quare plene probant in iudicio ecclesiastico instrumenta a publico notario legitime conscripta, acta et decreta iudicialia, libri publicorum officialium veluti libri parochiales, cf. *Conc. Trid., sess. 24, cap. 1, 2, De ref. mat.* — Hac de ratione instrumenta publica dicuntur *probatio probata,* et fidem faciunt adversus omnes, donec contrarium

probationibus impugnentur et destruantur. — Hinc ipsi testes qui subscripserint actui, vel testes instrumento extranei possunt invocari ad probandam vel infirmandam vim instrumenti ex *c. c. 10, De fid. inst.* et *5, De prob. X.*

513. Instrumenta privata *subscripta* fidem faciunt in foro eccles. iuxta principium enunciatum in art. 615 *cod. Greg. cit.*, nempe: « *Scripturae privatae plenam probationem faciunt in iudicio adversus eos qui illas subscripserunt, donec subscriptio legali modo non fuerit reprobata* ». Ille enim qui producit instrumentum a se subscriptum implicitam edit *confessionem* de veritate factorum ibi descriptorum, quae pertinent ad rem controversam. — Praeterea qui instrumentum a se subscriptum et ab adversario productum non reprobat, demonstrans hoc non esse genuinum, iam fatetur instrumentum a se fuisse subscriptum, et hinc apertam continere confessionem intentionis adversarii. — Quamobrem instrumenta privata quippe quae publica fide non gaudent, non sunt *probatio probata*, sed *probatio probanda;* probanda nimirum per recognitionem seu admissionem illius cuius interest ea reprobare instrumenta; vel per alia media probationum. Cf. De Luca, *De iud. Disc. 29 n. 20.*

Quia privata instrumenta non secus ac publica ordinantur ad aliquod factum probandum, si quis producat privatam scripturam a se subsignatam sibique favorabilem, nihil probat quousque adversarius hanc uti veram et genuinam non admittat vel pruducens veram et genuinam esse non probet.

Nam sicuti quis non creditur asserens factum sibi favorabile, nisi adversarius idem admittat et verum recognoscat, item statuitur de instrumentis privatis, quae implicitam continent *confessionem* alicuius facti; et planum est.

Ille vero qui, producens instrumentum privatum, contendit in sui favorem hoc authenticum esse et genuinum, idem probare debet.

514. Constat vero de horum genuinitate:

1) Si sint *authentica,* nempe si publica auctoritate recognita fuerint directe vel indirecte uti vera et genuina. Quum apponitur sigillum aut signatura publici officialis statim recognoscuntur uti authentica.

Si vero velint probari uti authentica, quia edita sunt illa instrumenta ex archiviis civitatis, vel monasteriorum, Ecclesiarum vel familiarum illustrium, tunc eatenus *authentica* haberi possunt, quatenus auctoritatem merentur archivia a quibus desumpta sunt. In hoc propositum scite De Luca, *Disc. 28, n. 22,* advertit, certam regulam statui non posse quoad auctoritatem archiviorum, sed omnia determinari ex adiunctis rerum; nam etiam in archiviis publicis conservari possunt falsa instrumenta.

2) Constat de instrumentorum genuinitate, si pars contra quam afferuntur, tacite vel expresse uti *authentica* et legitima admittat. Non immoramur in examinandis modis tacitae recognitionis, cum pendeat ex factorum adiunctis; tantum innuimus, ad instar exempli, lacerationem vel mutilationem factam producti instrumenti continere contra destruentem vel mutilantem admodum apertam confessionem eiusdem valoris.

3) Tandem constat ex scripturarum examine quod decreto iudiciis peragitur, vel immediate ab ipso iudice per ordinaria probationis media, vel per operam peritorum. Nam quando contra producentem pars adversa negat illam scripturam suam esse, iudex ad definiendam controversiam decernit, deveniendum esse ad examen scripturae, ut vera vel falsa declaretur. Examen expediri potest:

a) Per ipsam partem adversam testibus comprobantem veritatem vel falsitatem illius scripturae; quod directe vel indirecte evincere possunt; seu deponentes se cognoscere modum et causam falsitatis vel veritatis, seu attestantes obiectum scripturae falsum vel verum esse.

b) Per peritos *caligraphos* inquirentes de veritate instrumentorum, maxime facta scripturarum collatione, per quam cha-

racter scripturae non dubie genuinae confertur cum charactere dubiae scripturae. Per alia documenta scripta iam allata potest iudex evincere veritatem vel falsitatem instrumenti, nec non per alia genera probationum, si suppetant.

515. Hic descriptus modus recognoscendi scripturas tenetur tum quando in processu exoritur dubium de earumdem authenticitate, tum quando proponitur *querela falsi*, sive uti quaestio *principalis* sive uti *incidentalis*, sive *criminaliter*, sive *civiliter*. Tamen diversus est scopus querelae falsi *criminalis a civili*, quia illa inquirit de auctore falsi ut puniat, ista quaerit de authentia instrumenti ut idem admittat, vel repellat. Quoad modum instituendae huius quaestionis aut *principalis* aut *incidentalis* haec est differentia, ut ad instar incidentalis quaestionis promota *civiliter* querela falsi, iudex eamdem respuere possit, si alia habeat argumenta sufficientia ad litem finiendam praeter instrumentum controversum. — Promota vero *criminaliter* quaestio exhauriri debet, ne crimen impunitum evadat.

516. Quoad scripturas non *subscriptas* advertatur cum primis:

1) Idem esse totum conscribere privatum instrumentum, seu litteras aut libellum aut rationum libros, vel ab alio exarata subscribere, ex *l. Si quis argentariis ff. De edendo,* et § *1 Inst., De empt. et vend.*

2) Quoad libros mercatorum et patrisfamilias, tutoris, administratoris et similium per amanuensem conscriptos, hos eamdem habere vim, si amanuensis aliunde non sit suspectus, neqúe a domino principali legitime repudiatus.

3) At nonnulli libri vim habent publici instrumenti, et ideo plenam faciunt probationem. Huiusmodi sunt libri visitationum quas Ordinarii faciunt in propriis dioecesibus, libri S. Ordinationum, libri baptismatum et matrimoniorum quos conficiunt et tenere debent parochi, et alii id genus libri qui conficiuntur ratione officii publici.

4) Hisce praemissis, in universum, huiusmodi privatae scripturae fidem non faciunt in favorem illius ad quem pertinent, et apud quem conservantur, iuxta iuris romani principium: « nemo potest adnotatione propria debitorem sibi constituere » quod ex *l. l.* 7 et 5, *c. De prob.* melius determinatur, decernendo, *in l. 5:* « *Instrumenta domestica seu privata, testatio seu adnotatio si non quoque adminiculis adiuventur, ad probationem sola non sufficiunt* ». E contra istae scripturae fidem faciunt contra illos quibus scripturae pertinent et quos penes reperiuntur quasi totidem confessiones extraiudiciales, nisi legitime repudientur et congruis probationibus impugnentur.

5) Nihilominus fidem in eorumdem favorem faciunt, si aliqua ratione, ex consuetudine aut ob publicas leges approbationem publicae auctoritatis vel in totum vel in certam quantitatis aestimationem recipiant, adeo ut authentica habeantur. Revera talem valorem solent habere sub certis conditionibus libri mercatorum, praesertim in locis ubi quasi publici habentur, ob approbationem ipsis dandam a magistratu, vel ab alia publica persona (1).

6) Libri vero tutorum, curatorum et administratorum rerum alienarum si auctorem habeant tutorem, administratorem integrae famae, et in eis tum expensa tum recepta diligenter notata, tempore non suspecto, reperiantur, nec non causa seu titulus obligationis exprimatur, libri huiusmodi magnam inducunt praesumptionem, quae potest compleri per iuramentum. — Sed non potest admitti quod nonnulli autumant, nempe hos libros quippe personis moralibus pertinentes, per se fere plenam facere probationem; nam *l. 7 Cod. De prob.* decernit: « Unde neque

(1) Ita cod. Ital. Commercii, art. 50: cod. Gall. Comm., art. 8, 9; cod. Hisp. Comm., art. 32, 33. Quocirca si plenam probationem non faciunt in favorem ipsius mercatoris, tamen per iuramentum suppletorium aut alia media probatoria completur probatio.

fiscum, neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem praebere posse oportet ». Idem dicendum de libris reddituum et onerum monasterii, paroeciae et piorum institutorum; cf. *c. c. 2, 14, De fid. inst.;* et in has quaestiones utiliter consulitur De Luca, *De iud. in Disc. 28, 29*, et praecipue *30*, in quo agit *De probationibus per libros,* ubi plura disserit admodum accommoda praxi forensi et aliena a materialibus regulis pragmaticorum.

517. Quoad tempus producendi instrumenta et quoad numerum productionum nos referimus ad generaliora principia, nempe instrumenta produci debere durante instructionis periodo; tot vero produci instrumenta, vel etiam idem instrumentum reproduci posse secundum opportunitatem instructionis, et prout iudex censebit expediens admittere; ex *c. c. 5, 9, De fid. inst. X* et *7, De privil. in 6* (V, 7).

518. In hoc propositum inquiritur, an actor possit exigere a reo instrumenta quae probant illius intentionem. — Attendatur nos loqui de actore exigente a reo instrumenta; nam nullum dubium est actorem debere communieare reo instrumenta quibus fundat suam intentionem, ut reus se defendere possit; ex *cap. 5, De fid. inst. X.* Hinc quando reus excipiendo fiat actor, et instrumenta proferat, haec communicare debet adversario ad legitimum ius defensionis. — Sed *caput citatum* monet partes quando sibi communicant instrumenta non teneri ad communicandam nisi particulam se referentem ad obiectum controversiae. Eo sensu iure romano habetur titulus « *De edendo* » in Digestis et Codice sub significatione imperativa, ob fundamentale principium, quod partes proferentes sive rationes sive instrumenta sive quodcumque genus probationum, debent sibi invicem haec communicare, ut sit alteri facultas illa impugnandi.

Proinde quaestio nostra est, an actor possit cogere reum ad edendum instrumentum ab ipso reo non invocatum, sed actori opportunum ad probandam suam actionem. Huic quaestioni ne-

gative respondet *caput 1, De fid. inst.*, quia *nemo tenetur adversario suo arma parare.* — Exinde actor potest solummodo adigere reum ad instrumenta edenda, si ex alio titulo ad hoc ius habeat; veluti si sint communia actori et reo, sive

1) *ratione proprietatis*, quia communibus sumptibus confecta sunt, aut alio ex capite, nempe hereditatis, donationis, utrique parti sint acquisita;

2) sive *ratione materiae* quam continent, uti sunt instrumenta inter contrahentes de initis contractibus confecta; testamenta inter heredes et legatarios;

3) sive *ratione negotii* quod naturâ suâ publicis instrumentis consignatur. Ita acta iudicii cuilibet interesse habenti debent exhiberi; *cap. 11, De prob.* et publica acta a notariis rogata ad petitionem partium interesse habentium edi debent. Hodie ad praecidendas lites apud excultas nationes, privata instrumenta in acta publica insinuantur, et omnibus eduntur ut quisque pro veritate et iustitia suis iuribus consulât (1). — Aequitate vero canonica contra rigorem iuris romani factum fuit, in causis boni publici et maxime spiritualibus veluti matrimonialibus, ut iudex ex officio cogeret reum ad edenda instrumenta ad veritatem detegendam opportuna; et De Luca cum laude testatur de praxi curiae romanae iuxta quam in causis mere privatis, si aderat fundata suspicio de instrumentis a reo habitis sufficientibus ad litem dirimendam, iudex deferebat iuramentum eidem, quo protestaretur se haec instrumenta non habere. Quae si habere patuisset proferre cogebatur; cf. *De iud. Disc. 28, n. 29;* Schmalzgrueber, *De prob., n. 41 seq.*

(1) Cf. Mattirolo, *Op. cit. vol. III, n. 416 seq.* et *Cod. cit. Grej.* *§ 802 seq.*

TITULUS XI.

DE PRAESUMPTIONIBUS.

Huc ref. Tit. 23, lib. II.

Summarium. — 519. Notio praesumptionis. — 520. Alia *iuris*, alia hominis. — 521. Notio et valor *praesumptionis iuris* et praesumptionis *iuris et de iure*. — 522. Exempla *praesumptionis iuris*. — 523. Praesumptio *iuris et de iure*, non admittit *directam*, sed non excludit *indirectam* probationem contrariam. — 524. Vis probativa eiusdem varia est iuxta quod est praesumptio *levis, gravis, vehemens*. — 525. Quomodo differant inter se relate ad sententiam definitivam praesumptiones *iuris et de iure* et praesumptiones *hominis*. — 526. Praesumptiones legales distinguuntur a *fictionibus iuris*. — 527. Explicit tractatus de probationibus.

519. Titulus inscribitur sub numero plurali et ratione generica, quia aliae species probationum ortae ex speciali actu probatorio proprium sortiuntur nomen; dum praesumptiones desumuntur ex indiciis, adiunctis et qualitatibus factorum notis, ex quibus vel *ipsa lex* vel *mens* iudicis coniicit de facto ignoto. Itaque dicuntur probationes *impropriae* cum *directe* non probent factum controversum, sed innitantur factis naturâ suâ controversiae extraneis, ideoque *praesumptio dicta est* a vocabulis *prae* et *sumptio* quasi *ante sumptio*, quippe ante suetas legitimas *probationes* aliquid sumit *pro vero* seu *verisimili*, datis certis indiciis, et potest definiri: « *coniectura ex aliquo signo seu indicio orta et aut a lege allegata aut a iudice assumpta ad adstruendam rei dubiae fidem* » iuxta iuris regulam 45 in 6: « Inspicimus in obscuris quod est verisimilius, vel quod plerumque fieri consuevit ».

520. Haec ratio humanae rationi adeo consona coniiciendi de existentia et veritate rei ex relativis indiciis, discurrendo a causa ad effectum aut versa vice, adhibetur tum a *iure ipso* tum

a iudice, et hinc distinguuntur praesumptiones *iuris* et praesumptiones *hominis* seu *iudicis*.

521. *Iuris praesumptiones* illae sunt, quas lex ipsa ex certis factis deducit, ita ut iam habeatur pro vero et probato quod lex supponit, ante quamcumque probationem. Huiusmodi vero *iuris* praesumptiones aliae sunt proprie *iuris positivi;* aliae potius *iuris naturalis;* veluti *nemo praesumitur malus nisi probetur.* Proinde,

1) Immediatus effectus istarum praesumptionum est, illum cui favent relevare ab onere probandi suam intentionem, cum ipsa lex ita praesumens pro ipso probet: cf. *c. c. 10 h. t. X* et *2, De rest. sp. in 6.*

2) Sed non semper eadem praesumptionum est vis probativa; nam semper relevant asserentem aliquod factum aut ius *praesumptioni iuris* innixum ab onere idem probandi; sed aliquando permittunt contrariam probationem ad destruendam *legalem* praesumptionis probationem, aliquando nullam admittunt contrariam probationem. Hae postremae dicuntur praesumptiones *iuris* et de *iure;* seu *iuris* quia a lege inductae sunt, *de iure* vero quia affirmant ius firmum et certum, et pro veritate habentur. Aliae contrariam permittentes probationem, dicuntur simpliciter *praesumptiones iuris.*

522. Exempla praesumptionis *iuris* tantum, habentur:

1) in *cap. fin., De presbyt. non bapt. X* (III, 43), ubi praesumitur baptizatus qui inter christianos natus et educatus est;

2) in *cap. un., De desp. impub. in 6* (IV, 2), ubi praesumitur usu rationis praeditus qui septimum aetatis annum implevit aut excessit;

3) in *c. c. 6 et 10, De desp. impub. X* (IV, 2), ubi impuberes praesumuntur potentiam generandi non habere; et ita porro.

Exempla praesumptionis *iuris* et *de iure* habentur:

4) in *cap. 6, De cond. apposit. X* (IV, 5), ubi concumbens cum ea quam sub conditione desponsaverat, praesumitur conditionem remisisse, et absolute in matrimonium consensisse; et

5) in matrimonio *praesumpto*, arg. *cap. 30, De spon. X* (IV, 5) ubique vigente olim, antequam promulgaretur caput *Tametsi - Conc. Trid.*, (*sess. 24, De ref. mat. c. 1*) nullibi amplius observando ex nuperrimo decreto S. Congr. S. Off. a. *1892, 16 febr.* — Exinde sponsus cognoscens suam sponsam *de futuro*, praesumebatur fecisse affectu maritali et voluisse contrahere *de praesenti*.

523. Quod praesumptiones *iuris* et de *iure* non admittant probationem contrariam, ita intelligendum est. Nimirum non admittunt quod instauretur *iudicium* ad refutandam consequentiam ab ipso iure inductam ex certis factis, seu non admittunt probationem *directe* contrariam; sed non possunt excludere quominus *indirecte* destruatur ipsa praesumptionis applicatio, demonstrando facta vel conditiones non existere quibus ius fundat suam praesumptionem. Ita contra *matrimonium praesumptum* poterat demonstrari existentia impedimenti inter sponsos dirimentis quodcumque vinculum coniugale. Unde concludimus has non admittere probationes *directe* contrarias, admittere vero *indirectas*. Cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 42* et Reiffenstuel *h. t. n. 53 et seq.* -

Praesumptiones *iuris* proprie dictae seu *iuris positivi* a quo initium et statum capiunt, vim habent plenae probationis; sed quia admittunt probationem contrariam, hinc in adversarium transferunt onus repellendi huiusmodi probationem *legalem* quae de se, nisi destruatur contrariis argumentis, est sufficiens ad sententiam definitivam. Proinde regula quae passim traditur apud canonistas, nempe: « *iuris praesumptiones relevare ab onere probandi eum in cuius favorem militant* » significat, ipsam *iuris* praesumptionem esse plenam probationem, tamen obnoxiam contradictioni adversarii, qui docere potest, in casu

controverso veritatem praesumptioni non respondere. Verum ipsa *iuris* praesumptio quamvis plene probet, tamen non semper eamdem habet vim adversus contrarias probationes; nam aliquando iuris praesumptio est ita *vehemens*, ut destruatur tantum a probationibus manifestissimis; utputa filius in matrimonio natus praesumitur legitimus, donec evidentibus argumentis contrarium probetur. E contra aliae *iuris* praesumptiones sunt minus violentae, quippe facilius impeti possunt; veluti iuris praesumptio militans pro parocho ad colligendas decimas in sua paroecia, facile cedit probationibus quibus evincatur, hoc ius in alium transiisse. — Praesumptiones vero *iuris*, quae uti innui potius sunt *iuris naturalis* quam *positivi* quippe nimis generales, parva vi pollent, neque per se veram constituunt probationem, unde non relevant ab onere probandi. *Quivis praesumitur bonus et legitime natus*, tamen si promoveri ad Ordines cupit, testimonia de natalibus et moribus afferre debet.

524. Praesumptiones *hominis* seu iudicis sunt quae non determinantur a lege, sed relinquuntur iudicis prudenti arbitrio, qui ex qualitate adiunctorum et indiciorum coniiciat de veritate facti controversi, sibi efformans moralem certitudinem.

525. Sed quaenam est praesumptionis *hominis* vis probativa? — Quia facta et indicia quibus innititur praesumptio sunt ad instar praemissarum, ipsa praesumptio erit magis vel minus probabilis pro maiori vel minori evidentia, qua praesumpta veritas in ipsis continetur. Inde inferunt Doctores, *hominis praesumptiones non relevare ab onere probandi*, quia aliquando est *levis*, et potius est *suspicio* quam *praesumptio*. Verum si gravis sit vel vehemens eam probationem constituit *plenam* vel *semiplenam*, quae non destruitur nisi contrariis adversarii allegationibus. Exinde praesumptio est *levis* si levia sint indicia veritatis, *gravis* si gravia, et *gravissima* seu *vehemens* si sint ita evidentia, ut animi assensum veluti necessario pertrahant.

Sed in hac generaliori regula consistere debemus, quin descendamus ad minutiores regulas et divisiones, quae si abstracte verae sunt, tamen praxim quod spectat nullum habent valorem. Ad rem scite notat De Luca, *De iud.*, *Disc. 33*, *n. 11:* « Nimium evidens atque irrisione dignus est pragmaticorum ineptus et erroneus usus in his materiis procedere generalitatibus (seu regulis) vel cum litera doctrinarum et decisionum quae diversorum casuum occasione prodierunt, cum totum pendeat a singulorum qualitate et circumstantiis ». Et inferius *n. 13* advertit magnopere attendendum esse ad singula indicia et adminicula, ita ut praesumptio inde exoriens sit fundata, et ait: « Siquidem ut alibi advertitur meaque est frequens dicendi consuetudo, quod etiam subtilissimi fili qui per se ipsos nimium fragiles sint et non apti ad ligandum quoties in suo genere sint boni, si simul iniungantur, efformant magnam funem, sed si omnes sint corrupti ac in suo genere invalidi quamvis eorum coniunctio fiat, tunc sufficiens funis exinde efformari non potest, quoniam centum nihil valent quantum unum nihil ».

526. Verum maxime interest advertere, quomodo differant inter se relate ad sententiam definitivam praesumptiones *iuris et de iure*, *iuris* tantum et *hominis* praesumptiones. — Praesumptio *iuris* et *de iure* necessario secumtrahit sententiam definitivam; imo sententia definitiva quae pertransiit in rem iudicatam, vim habet praesumptionis *iuris et de iure*. — Praesumptio *iuris* pro veritate habetur, unde potest deveniri ad sententiam definitivam nisi probetur contrarium; et hoc sensu in aliam partem ista transfert onus probationis, uti explicavimus. — Praesumptio vero *hominis* non habet certum valorem, sed relativum indiciis quibus innititur.

Quare si *levis* sit, est despicienda, *c. c. 13, 19, 20, caus. 2, q. 1* et *9 caus. 6, q. 1* et *c. c. 14 h. t. X* et *44, De sent. excomm. X* (V, 39). Si *gravis*, plena non est probatio, quare

a parte cui probare incumbit, debet aliis probationibus ista compleri, puta iuramento suppletorio, ut habeatur plena probatio ad sententiam definitivam; cf. *c. c. 11 et 13 h. t. X.* Si vero praesumptio est *gravissima* seu *vehemens*, tunc ipsa sufficit ad causam definiendam in foro ecclesiastico. Nam habentur textus quibus statuitur *vehementem praesumptionem* efficere plenam probationem; uti vehementi praesumptioni innixus processit Salomon ad sententiam in suo celebri iudicio; cf. *c. c. 3, De presbyt. non baptiz.* X (III, 43) et *10, 12 h. t. X.* Hoc edicitur etiam pro causis gravioribus quales sunt matrimoniales (1).

527. A praesumptionibus *legalibus* seu *iuris*, et *iuris* et *de iure* apprime distingui debent *iuris fictiones*, quarum conceptus ita eleganter a *Cuiacio* et a *Menochio* traditur. Habet Cuiacius: « Fingimus ea quae non esse scimus; praesumimus ea quae vera esse arbitramur, ducti probabilibus argumentis » (ad Pand., *De prob. et praesumpt.*); et Menochius ait: « Fictio fingit vera esse quae vera non sunt; praesumptio vero praesumit super re dubia, quae ita esse, aut non esse potest. Unde fictio nunquam convenit cum veritate, praesumptio vero saepe » (*lib. I, De praesumpt., q. VIII, 9 et 10*). Quocirca fictiones iuris nunquam admittunt probationem contrariam neque impugnari possunt; hic est effectus maxime attendendus; cf. D'Annibale *I, 208, not. 65.* Ita iure can. iuris fictiones sunt,

(1) Conf. S. C. C. decisionem in causa *1 febr. 1868* et Instruct. S. C. Inquis. *13 Maii 1868.* Has invenies apud *Acta S. Sedis III, p. 408; VI, p. 436* seq. Item cf. eiusdem ephemeridis *vol. XII, p. 403*, et *vol. XVII, p. 387.* Canonistae, uti docent Schmalzgrueber, *h. t. n. 15 seq.* et Reiffenstuel, *h. t. 62 et seq.*, non conveniunt in assignando valore praesumptionis *vehementis* in causis criminalibus gravioribus; at nos praetermittimus hanc controversiam, quum causae capitales in foro eccles. non agitentur; et ad causas disciplinares in foro eccles. definiendas sufficere vehementem praesumptionem definiti iuris est; ex Inst. *S. C. EE. et RR. 11 Iunii 1880, art. 16.* Nam etiam ex indiciis et coniecturis moralis certitudo iudici ingeri potest.

unam eamdemque personam iuridicam esse defuncti et heredis; filium legitimatum vel adoptivum haberi quasi natum ex iustis nuptiis.

528. Ita explicit tractatus de probationibus. At ritum iudicialem probationum afferendarum quod spectat adhuc disserendum est de actu seu decreto, quo in iudiciis saltem ordinariis solet finis imponi periodo probatoriae. Hoc fit per *conclusionem in causa.*

TITULUS XII.

DE CONCLUSIONE IN CAUSA.

Huc referant. tit. 19, 22, Lib. II-X.

Summarium. — 529. *Conclusio in causa* claudit definitive *terminum probatorium.* — 530. Eius utilitas. — 531. In *civilibus* editur decretum ordinario ad *instantiam* partis, in *criminalibus* aliisque id genus causis, *ex officio.* — 532. An *conclusio in causa* requiratur ad *substantiam processus.* — 533. Effectus *conclusionis in causa.* — 534. At iudex a partibus exquirere potest ut declarent *acta* et *probata,* et etiam ut aliud probationis instrumentum afferant; partium vero instantiae producendi alias probationes non indulgeat, nisi gravis urgeat causa. — 535. Differentia inter *conclusionem* in causa et *publicationem* attestationum vel processus.

529. Iudex, post litem contestatam, partibus concedit *terminum probatorium,* quem tamen vel coarctat vel prorogat iuxta necessitatem instructionis causae. Quum vero probationes iam sunt allatae, proindeque causa videtur congrue instructa, editur a iudice decretum quo definitive clauditur terminus probatorius, adeo ut probationibus afferendis amplius non sit locus. Per huiusmodi decretum dicitur fieri *conclusio in causa.*

530. Scopus *conclusionis in causa* est, auferre quamcumque dubietatem circa tempus utile ad probationes deducendas, urgere partes ne diutius negligant documenta litis proferre, nec non fraudibus occasionem amputare, impediendo quominus una pars in infinitum causam protrahat et sententiae definitivae aditum praecludat, differens, absque legitima causa, suas deducere, si quas habeat, probationes.

Ex dictis patet, *conclusionem in causa* vergere tum in utilitatem partis diligentioris sollicitam litis definitionem cupientis, tum in defensionem iustitiae legalis, ne quis nimirum dilationibus abutatur ad iustitiae cursum praepediendum.

531. Quare in *civilibus* pars cuius interest petit a iudice

ut fiat *conclusio in causa;* quod decernit iudex, admonita etiam adversa parte, atque unius et alterius partis perpensis rationibus. Quamobrem decretum continens *conclusionem in causa* significare debet, ad hoc deventum esse quia, vel una et altera pars expostularunt *conclusionem in causa,* vel quia, una tantum instante parte, vel ipsa exigente aequitate, dilatio probatoria amplius protrahenda non erat.

At *in civilibus,* quippe tunc agitur de iuribus privatorum, *conclusio* ordinario conceditur ad *instantiam unius vel utriusque partis,* quae expostulantes *concludi in causa* praesumuntur renunciare iuri suo, afferendi nempe alias probationes. — Hoc sensu passim canonistae asserunt *conclusionem in causa* continere renunciationem ulterioris probationis; cf. Schmalzgrueber, *De sent. et re iud., n. 3 seq.* — Exinde iudex *in civilibus,* utraque parte instante pro *conclusione in causa,* facile eamdem concedet. — Quum vero una pars expetit huiusmodi *conclusionem* et alia contra dicit, definiet incidentem quaestionem, habitis prae oculis his regulis, nempe *fraudibus non esse indulgendum - favorabiliores esse rei partes - causarum celeri expeditioni studendum esse.*

Editur vero *ex officio* etiam *in civilibus* hoc decretum, quando iudex percipiat alteram partem fraude abuti dilatione probatoria. Tunc etsi non instet adversa pars cuius interesset, nihilominus iudex in bonum iustitiae *ex officio* potest ordinare *conclusionem in causa.*

In *criminalibus* aliisque causis non proprie civilibus veluti matrimonialibus statuitur *conclusio in causa ad instantiam* procuratoris fiscalis vel alterius litigantis. At haec *ex officio* semper pronunciari debet in huiusmodi causis, quotiescumque hoc expostulet iustitia iudicii.

532. Sed quaeritur, an haec solemnitas *conclusionis in causa* sit necessaria ad substantiam processus, saltem *in iudiciis ordinariis.*

De *conclusione* in causa innumera loquuntur legis documenta; cf. *can. 11, caus. 30, q. 5;* et *c. c. 8, De procur.* X (I, 38); *5. De caus. poss. et prop. X* (II, 13); *11. De prob.* (II, 19); *q. 10, X, De fid. inst. X* (II, 22), sed nullibi ista expresse praecipitur. Nihilominus praxis forensis pluribus in locis huiusmodi morem induxit quasi solemnitatem substantialem, uti testatur Pellegrini - *op. cit., P. II, Subiect. 12 - De conclusione in causa* - qui notat conclusionem fieri *expresse vel tacite. - Expresse* per *decretum* quo solemniter concluditur in causa; et hoc praestari debet in iudiciis ordinariis ubi hoc exquirit stylus tribunalis. — *Tacite* vero fit in quacumque causa sive ritu *ordinario* sive *summario* agitata, quando partibus amplius non recognoscitur facultas producendi probationes ob dilapsum terminum probatorium antea constitutum.

Hodie quia in curiis solemnitates iudiciales parum attendi possunt, *conclusio in causa, tacite* non *expresse*, statui solet, neque hic mos improbandus est.

533. Per *conclusionem* in causa clauditur periodus probatoria, et succedit tempus quo tum iudex tum partes student *actis* et *probatis*, haec inter se conferendo. Hinc partes, facta conclusione in causa, invitantur *ad dicendum et allegandum in iure* et *in facto*, uti habet Pellegrini *l. c. Subs. 13*, seu ad deducendas conclusiones ex allatis et probatis. Hoc fit per causae disceptationem scriptis et oretenus.

534. Iudex vero attente pensare debet *acta* et *probata*, ut dein proferat sententiam definitivam ex intima animi persuasione. Imo si occurrat aliquod dubium, posset ipse partes interrogare, vel invitare ad declarandas adductas probationes; uti docet *cap. 10, De fid. inst. X*, nempe: « *postquam a partibus extitit in causa conclusum... iudex (qui usque ad prolationem sententiae debet universa rimari) possit interrogare de facto quoties dubitationis aliquid occurrit* ». Siquidem decretum *conclusionis in causa* directe tenet partes, non indi-

cem, qui si opportunum ducat, quin rescindat decretum, potest ulteriores exquirere probationes.

Imo etiam ad *instantiam partium* alia litis argumenta admittere potest iudex post conclusum in causa si istae doceant, argumentum litis posse illustrari aliis probationibus postea absque fraude repertis et collectis; arg. *c. c. 2, De in int. rest. X* (I, 41); *4, De except. X* (II, 25) et *10, De fid. inst. X* (II, 22). Nihilominus quia facilis patet aditus fraudibus, si, clausa iam periodo probatoria, eadem facile aperiatur, iudex hoc concedere non debet nisi gravis instet causa.

535. Confundi vero non debet *conclusio in causa* cum *publicatione* attestationum, sive responsionum partium et in genere cum *publicatione* processus. Nam attestationes publicantur aliaque acta processus, ut respective fiat locus argumentis defensionis; et singulare est in attestationibus publicatis, ut alii non admittantur testes super eisdem articulis ob periculum subornationis. — *Conclusio vero in causa* signat finem periodi probatoriae.

TITULUS XIII.

DE QUAESTIONIBUS INCIDENTIBUS IN GENERE.

Huc referat. tit. X, lib. II, X.

Summarium. — 536. Quid sit quaestio incidens. — 537. Quaenam ex his *initio* iudicii exoriri natae sint. — 538. Aliae sive *medio* iudicio, sive in *fine* iudicii exoriuntur. — 539. Aliae in quamcumque iudicii partem incidere valent. — 540. De processu in huiusmodi causis. — 541. Quaestiones incidentes definiendae sunt speciali sententia ante definitivam, quando hac comprehendi non possunt. — 542. Non potest appellari ab interlocutoria, nisi vim definitivae habeat. — 543. Sed sententiam interlocutoriam valet revocare aut corrigere ipse iudex qui pronunciavit. — 544. Quaestiones incidentes debent resolvi *in contradictorio.*

536. Explicata ratione qua iudicium introducitur et instruitur, per aliquos nempe actus pene necessarios, ut eius natura integre evolvatur, quoad partem etiam *accessoriam*, superest dicere de quaestionibus *incidentibus*, quae nempe aliquando incidunt in principalem instantiam ab eadem originem trahentes. — Notio quaestionis incidentis pulchre ita describitur a *cod. Greg. cit. art. 841:* « Controversiae quae originem aut occasionem habent a principaliori instantia, et quae promoventur tum a partibus inter se, tum inter partes et tertios, sunt quaestiones incidentes ».

Proinde praetermissa distinctione inter quaestiones *incidentes* et *emergentes*, uti videre est apud Reiffenstuel, *De ord. cog. n. 21,* nos large assumimus vocabulum quaestionis incidentis, complectentes omnes illas controversias quaestioni *principali accessorias* sive *initio*, sive in *medio* sive in *fine* iudicii emergentes.

537. Quae *initio* iudicii exoriri solent sunt exceptiones de iudicis incompetentia, de eius suspicione, de defectu actionis, vel

de advocati aut procuratoris suspicione aut inhabilitate, aliaeque huiusmodi; et in genere omnes exceptiones *praeiudiciales*, *peremptoriae* et *dilatoriae*. Dixi - exoriri solent - quia aliquando etiam in *medio* iudicii exoriri possunt, cum, ex. gr., agitur de incompetentia iudicis quoad ipsam causam incidentem, vel de suspicione cuius ratio exorta sit, incoepto processu, prouti si iudex cognationem, aut affinitatem cum alia parte contraxerit.

Proprium est istarum quaestionum *praeiudicialium* sive meritum causae sive ritum iudicialem attingentium, ut sub initio processus agitentur; secus ordinario praesumitur ipsis renunciatum fuisse, prouti explicavimus n. 411 seq.

538. Incidentes causae *medium* iudicium vel etiam iudicii *finem* consequentes sunt quae exoriuntur inter ipsos litigantes, vel inter litigantes et aliquem tertium. — Inter litigantes quaeritur aliquando de cautionibus praestandis sive *standi in iudicio*, sive *iudicatum solvendi*, vel de sequestranda re litigiosa eiusque fructibus, de rationibus reddendis gestae administrationis, de liquidatione expensarum, de admittenda aliqua probationis specie, vel eaque respuenda et ita porro. — Inter ipsos litigantes et tertios emergit quaestio, si alius petat *interventum* seu ingressum in causam iam instauratam, vel si partes aut idem iudex aliquem in causam vocent, veluti fideiussorem.

539. Aliae causae incidentes, naturâ suâ sunt communes cuicumque iudicii parti; prouti impugnatio valoris alicuius actus, contumacia seu inobedientia partis a iudice citatae ad incipiendum, ad prosequendum, ad exequendum iudicium. Item cum quaeritur de *attentatis*, lite pendente; siquidem *lite pendente nihil debet immutari*.

540. Modus agitandi has causas incidentes est ut nulla requiratur solemnitas, sed servetur processus summarius, et ea tantum observentur magis opportuna ad celerem causae definitionem, et ad tuenda partium iura, quae *in civilibus* maxime com-

missa sunt instantiae et sollicitudini earumdem partium. In his definiendis habeatur ille ordo requisitus ex logica connexione causae accessoriae cum principali, iuxta regulas traditas *n. 356 seq.* — Quamobrem potest iudex praescribere, quando cognitio quaestionis incidentalis non necessaria sit definitioni causae principalis iam sufficienter instructae ad sententiam definitivam, ut causa incidentalis expediatur absoluto principalis iudicio; cf. *c. c. 1, 3, De ord. cognit. X* (II, X), *5, Qui filii sint legit. X* (IV, 17), *38, De testibus X* (II, 20), *18, De rescript. X* (I, 3)

541. Sententia ad causas incidentes definiendas prolata, dicitur *interlocutoria*, et quaeritur, an omnes quaestiones incidentes speciali sententia ante definitivam resolvi debeant. Siquidem DD. non conveniunt; sed placet et pro praxi tuta est sententia Reiffenstuel, *De ord. cognit., n. 26: iudicem* nempe *debere ante definitivam sententiam pronunciare de illis incidentibus causis quarum decisio non potest comprehendi in sententia definitiva.* — Aliquando necessarium est incidentem quaestionem resolvere, veluti an aliqua probationis species admitti debeat, ut dein gradus fiat ad sententiam causae principalis definitivam: quare tunc sententia *interlocutoria* sane differri non potest.

In hac pronuncianda nulla requiritur solemnitas, imo ex iure communi ne requiritur quidem ut scriptis detur. Hoc tamen solet exigi ex praxi tribunalium vel iure consuetudinario, et est consultius. Verum etsi sententia incidentalis non concipiatur et proferatur expressa formula, tamen de interlocutoriae prolatione et tenore in actis iudicii constare debet; cf. *c. c. 5, De sent. et re iud. in 6* (II, 14), *2, in Clem. De verb. signif.* (V, 11).

542. Trid. Concil., *sess. 13, cap. 1,* et *sess. 24, cap. 10 et 20, De reform:* statuit a sententia interlocutoria non dari appellationem, nisi ista vim habeat definitae, seu contineat gravamen quod a definitiva reparari non valeat. Hoc decreto Concilium Tridentinum correxit ius Decretalium permittens appellationem a quacumque sententia *arg. c. c. 12, 59, De appell. X* (II, 28), et accessit

iuri Iustinianeo iuxta *l. Ante sententiam*, *c. Quorum appellationes*. — Dicitur vero sententia interlocutoria vim habere definitivae, quando eius decisio influit in sententiam definitivam, seu aliquid decernit quod reparari non potest a sententia definitiva. Veluti si iudex sit suspectus et sententiâ interlocutoriâ decernatur, minime constare de suspicione iudicis, quum reapse iudex non sit immunis a studio partium seu merito sit suspectus, definitivam proferet sententiam, quae facile laedet ius excipientis. Ad quod periculum praecavendum, excipiens suspicionem iudicis admittendus est etiam apud iudicem superiorem pro suis urgendis rationibus. Hinc patet huiusmodi sententiam *interlocutoriam* pene vim habere definitivae, seu gravamen continere non reparabile per sententiam definitivam.

543. Nihilominus ipse iudex qui sententiam pronunciavit *interlocutoriam*, eamdem revocare seu corrigere valet. Nam hoc proprium est istius sententiae, quippe non definitivae iudicii, ut non terminet iurisdictionem iudicis *delegati*, neque expleat munus iudicis *ordinarii*, qui dumtaxat post sententiam definitivam, *sive bene sive male munere suo functus est*. Cf. *cap. 9, De off. deleg.* et *can. Quod bene*, *caus. 6*, *q. 4* et Reiffenstuel, *De sent. et re iud.*, *n. 93*. Proinde qui se gravatum sentit a sententia interlocutoria, suae querelae rationes exponat ipsi iudici qui protulit sententiam. Et hic vel sententiam revocat aut corrigit ad petitionem excipientis, vel confirmat. In priori casu iam satis est factum instantis intentioni. In secundo autem casu si *interlocutoria* vim habeat definitivae, patet aditus ad iudicem superiorem vi appellationis; secus iudicis sententiae acquiescendum est. Cf. *9*, *De off. iud. deleg. X* (I, 39) et Reiffenstuel, *De appell. nn. 16*, *101*. — Exinde cautum est, in libello appellationis sententiae interlocutoriae exprimi rationes querelae; quod non requiritur in appellatione a sententia definitiva.

544. Exorta controversia incidenti, iudex per legitimam citationem de obiecto quaestionis et tempore et loco definitionis

partem adversam certiorem faciat, ut quaestio ***iudicialiter*** definiatur seu in contradictorio, nempe una parte instante, altera vero legitime contra dicente. Cf. *Acta S. Sedis, vol. XVI, pag. 328.*

Nunc dicamus de nonnullis speciebus causarum incidentium.

TITULUS XIV.

DE RECUSATIONE IUDICIS

Huc referat. tit. 28, lib. II.

Summarium. — 545. Recusatur iudex causâ suspicionis, unde eius iudicium declinari vult. — 546. Quaenam sint causae suspicionis in iudicem. — 547. Quinam iudex possit recusari. — 548. Recusationis controversia *regulariter* definitur per arbitros. Innuuntur casus exceptionis. — 549. Iudex vero quum subest probabilis ratio suspicionis potest a iudicando se abstinere, quamvis opposita exceptio suspicionis probata nondum sit, aut forsan nondum sit obiecta. — 550. Effectus *recusationis iudicis.*

545. Quia aliquando iudex potest esse vel uni, vel utrique litigantium suspectus in *titulo 28, L. II, X, De appellationibus*, cavetur etiam *de recusationibus*. Nam hic titulus inscribitur - *De appellationibus, recusationibus et relationibus.* - Recusatio est « *Exceptio iudicis declinatoria, eo quod sit, ex causa verisimili, suspectus* ». Recusatio est analoga exceptioni incompetentiae, sed ab hac differt, cum incompetentia tangat iudicis *publicam potestatem*, suspicio iudicis *personam.* — Hinc sequitur iudicem videre posse de exceptione incompetentiae, non vero de recusatione; secus *esset iudex in causa propria.* At pro examinanda exceptione recusationis iudicis, specialis procedendi modus comparatus est in *cap. 61, De appellat. X* (II, 28). Recusatio est exceptio *declinatoria*, quae proponi debet regulariter statim in principio instantiae iuxta dicta superius *n. 356*, imo ante alias exceptiones dilatorias aut peremptorias, quippe est hisce omnibus praeiudicialis.

546. Causae suspicionis in iure can. non sunt *taxative* determinatae, sed commode reduci possunt ad tres rationes spectantes nempe,

1) vel utilitatem iudicis *patrimonio* derivantem directe aut indirecte ex litis obiecto;

2) vel iudicis affectionem aut odium in alterutram vel utramque litigantium *personam;*

3) vel eius affectionem in *causam*, in qua advocatum, procuratorem aut aliam partem egerit.

Quia istae suspicionis exceptiones attenduntur in bonum partium, si hae opportuno tempore non promoveant quaestionem suspicionis, censentur consentire in iudicem, quare postea amplius non audientur (1).

547. Iure can. ex *c. c. 61 h. t. X* et *10, De foro comp. X* (II, 2) patet posse recusari iudicem tum ordinarium tum delegatum et etiam totum collegium (cf. Schmalzgrueber, *De app.*, *n. 135*) quia uti habetur in *cap. 41*, § *1, De appell. X: « Ipsa namque ratio dictat quod suspecti et inimici, iudices esse non possunt »*. Verum ex consulto S. C. Conc., *die 12 Maii 1603* Clemens VIII declaravit, Episcopum in actu visitationis decernentem ea quae emendationem morum et criminum animadversionem spectant, uti suspectum recusari non posse a quacumque persona sive ecclesiastica sive saeculari, etsi in dignitate constituta (Cf. *Concil. Trident. edit. Richter - Lipsiae 1853. pag. 72).*

548. *Regulariter* recurrendum est ad arbitros pro decisione controversiae. Recusatio et causa recusationis scriptis offerri debet.

Arbitri eliguntur uti decernit *caput 61 h. t.*, nempe « *et ipse* (recusator) *cum adversario, vel si forte adversarium non habet* (seu si et alia pars conveniat in recusationem) *cum iudice arbitros communiter eligat, aut si communiter convenire non possint, absque malitia ipse unum et ille alium*

(1) Etiam in *cod. cit. Greg.* modo *taxativo* fere eaedem causae suspicionis assignantur. Cf. §§ *1053, 1131.*

eligit...; si nequiverint (arbitri) *in unum concordare advocent tertium* ». Isti sunt *arbitri iuris*, et ab eorum sententia appellari potest: horum officium et auctoritatem iam explicavimus.

Inquam - *regulariter* - recurritur ad arbitros, nam *cap. 4, De off. iud. deleg. in 6* (I, 14) ponit tres casus in quibus de suspicione coram arbitris non tractatur, nempe:

1) Cum recusatur unus ex delegatis iudicibus datis sub clausula: *si omnes non potestis unus vel duo procedant;* tunc enim non recusatus iudicat de causa suspicionis. Proinde quando agitur de collegio iudicum sive ordinariorum sive delegatorum, videndum est an omnes procedere debeant collegialiter; ita ut si unus non conveniat, sententia ferri non possit. Tunc, recusato uno ex iudicibus, causa suspicionis deferenda est ad arbitros. Huiusmodi enim collegium nihil edicere valet, si unus convenire non possit aut non debeat. Recusatus autem in causam suspicionis certe suffragium ferre non debet. Unde Bonif. VIII in *cit. cap. de collegio iudicum delegatorum* ait: « Si contra unum ex duobus iudicibus cum illa clausula *quod si ambo interesse non possunt, alter eorum in causa procedat...* suspicionis causa legitime proponatur; causa ipsa suspicionis coram non recusato coniudice (*ad quem ex vi praedictae clausulae debet ipsius causae cognitio pertinere*) probari et ab eo expediri debebit. Ubi vero non est dicta clausula in rescripto debet super hoc ad arbitros recursus haberi ».

2) Cum recusatur delegatus, delegans, si adsit et commode adiri possit, videt de suspicione.

3) Episcopus iudicat de suspicione qua recusatur eius Vicarius.

549. Cum ex ipso iure naturali suspicio iudicem impediat a iudicando, ut ait *cit. c. 41 h. t. X* iudex suspectus, opposita suspicione, antequam aliqua fiat causae cognitio, potest se abstinere, imo, et nulla proposita exceptione, ob probabilem cau-

sam suspicionis iudex sponte sua se abstinere valet; quod iure meritoque facit ad praecavendas lites; De Luca, *De iud. Disc. 3. n. 67* ait de curia romana: « Laudabilis est mos ut ipsimet iudices quando ratione coniunctionis sanguinis inter gradus per Const. Apost. praescriptos (sunt suspecti)... voluntarie abstineant; quinimo etiam in casibus dubiis id agunt, ideoque non de facili dantur casus ut de hoc contendatur ».

550. Effectus recusationis sunt:

1) Ut pendente querelae suspicionis cognitione, iudex supersedeat in causa, nisi *notorie* frivola sit exceptio. Si vero procedat, quaeritur an acta valeant vel non valeant. — Mihi melior videtur sententia statuens, haec *ipso iure* irrita esse; iuxta Glossam *in can. Quoties 16, v. appellent c. 2, q. 2;* cf. De Luca, *l. c. n. 71.* Nam quaestio suspicionis, iure naturali, est exceptio *praeiudicialis*, quae vi sua inficit valorem actorum, prohibens quominus ulterius procedi queat. — Sed opinio quae tenet actorum valorem pendere a sententia confirmante vel repellente recusationem probatur a pluribus canonistis; cf. Reiffenstuel, *h. t. n. 327 sq.* et Schmalzgrueber *h. t. n. 144.* Pro praxi haec teneantur. Si comprobetur causa suspicionis, tunc acta nullius sunt valoris, sive antea valuerint sive minus. — Si causa suspicionis non probetur, tunc pars cuius interest, si non instet pro declaranda nullitate actorum, haec ratihabitione sanata haberi debent. Si autem contendat acta nulla esse, satius erit haec iterum ponere, ad litium ambages evitandas.

2) Alter effectus est ut, comprobata legitime causa recusationis, iudex cognitionem causae principalis vel alteri demandet seu deleget de consensu recusatoris, vel ad superiorem remittat, prout statuitur *cit. cap. 61 h. t. X.*

TITULUS XV.

DE TERTIO VENIENTE VEL VOCATO IN CAUSAM.

Huc referat. tit. 27, lib. II, X.

Summarium. — 551. Hic est casus notabilis inter quaestiones incidentes. — 552. Quomodo hic interventus haberi possit quamvis *res inter alios acta, aliis nec prodesse nec nocere possit.* — 553. Ius aliquod sive negotium pluribus potest esse *commune*; hinc communitas litis quae dicitur *litis consortium.* — 554. Inde patet quomodo ob *commune* pluribus *negotium* exoriri possit occasio interventus *voluntarii.* — 555. Aliquando non habetur *verum* litis *consortium*, sed necessaria dependentia unius negotii ab alio; et inde solet incidere interventus *necessarius.* — 556. Quare *interventus* habetur vel 1) *voluntarius* ad *instantiam* tertii interesse habentis; 2) *coactus* ad *instantiam* alterutrius aut utriusque litigantium; 3) *coactus* auctoritate seu *ex officio* iudicis. — 557. De primo casu agit expresse Bonifacius VIII. — 558. In altero casu applicantur regulae generales *connexionis* causarum. — 559. Item in tertio casu.

551. Inter quaestiones incidentes, casus in tituli rubrica enunciatus est admodum notabilis nec infreqüens. Nam in negotium iudicialiter agitatum aliquis hactenus iudicio extraneus seu *tertius* iüs habere potest, nimirum aliquod interesse patrimoniale vel morale, praesens vel futurum; ita ut ipsa rei natura eum vocet in causam.

552. Verum inutilem vel non necessarium hunc interventum esse, videtur docere vulgatum principium: *res inter alios acta, nobis nec prodesse nec nocere potest;* ex quo deducitur, sententiam iudicialem valere tantum inter partes litigantes. Unde quaeritur, quare admitti debeat tertius in causam ad sua asserenda iura, quando sententiae decisio vim non sit habitura nisi inter partes litigantes. — Nihilominus uti decernit *cap. 17, De sent. et re iud. X* (II, 27): « *Res inter alios acta non noceat*

regulariter aliis iuxta constitutiones canonicas et civiles », seu illud principium patitur exceptiones. Nam res inter alios acta aliquando ita stricte connectitur cum iure tertii vel est ipsum ius tertii, ut sententia iudicialis de ea prolata, necessario noceat vel prosit iuri tertii.

553. Re quidem vera, unum ius seu vinculum obligationis pluribus potest esse commune, uti fit in societate aut in quacumque rerum communione. In hanc speciem loquitur, *cap. 72, De appell. X* (II, 28) ita decernens: « Unâ sententiâ pluribus condemnatis, si unus solus ad appellationis beneficium convolaverit, illius victoria iure communi coeteris suffragatur, si communi iure iuventur, idemque negotium et eadem causa defensionis existat » (1). Haec *communitas, litis consortium* appellatur quod dici solet *activum*, si litis consortes *actoris* partes agant; *passivum* si tamquam *rei* litis consortes actione impetantur. Ita in Cod. *titulus 40, lib. 3* inscribitur: « *De consortibus eiusdem litis* ». Exinde in *l. 2 h. t.* ita cavetur: « Commune negotium post litem legitime ordinatam et quibusdam absentibus, in solidum, agi sine mandato potest, si praesentes rem ratam, dominum habiturum cavere parati sint, vel si quid ab his petitur, iudicatum solvi satisdatione firmaverint ». Scilicet unus etiam tantum pro aliis consortibus agere vel respondere potest ex mandato expresso vel tacito; si vero *agat* sine mandato, ait lex, nempe sine *mandato expresso,* debet dare cautionem *de rato, seu dominum ratam rem habiturum.* Si e contra ex mandato tacito respondeat in iudicio, seu *rei partes agat*, debet cavere de *iudicato solvendo;* seu *iudicatum solvi satisdatione firmare.* Recolantur quae diximus de procuratoribus *ex mandato tacito* constitutis, *n. 122* (1).

(1) In *cod. cit.* Greg. ita decernitur de interventu voluntario. — *Art. 852:* « Quis iudicio extraneus seu tertius qui probet se habere interesse in iudicium iam instauratum, potest petere ut admittatur in idem iudicium ». — *Art. 853*: « Tertii instantia nuncianda erit partibus quae

554. Quamobrem, quonam pacto ob commune pluribus negotium exoriri possit occasio *interventus*, iam in aperto est. Siquidem omnes in illud negotium ius habentes, agere in iudicio et respondere valent. Proinde si unus tantum litem instauret, huic se socium addendi alter ius habet, quocumque in stadio iudicii, etiam in gradu appellationis.

Verum antea a iudice legitime expetendus est *interventus* in causam, quem, instantiae praemissa summaria cognitione et litigantibus rite admonitis, iudex non debet denegare. — Item interventus a consortibus eiusdem negotii iure petitur, etsi alius socius seu consors ex mandato alterius *expresso* vel *tacito* litem inchoaverit; nam mandanti suum mandatum, legitima de causa, retractare, usque integrum est.

555. Aliquando non habetur verum litis consortium seu negotii communio, sed necessaria dependentia unius iuris ab alio, adeo ut ex definitione causae praeiudicium quod uni fiat litigantium, in alterum etsi iudicio extraneum necessario redundare debeat; hac de re decernit, *cap. 25, De sent. et re iud. X* (II, 27) aiens: « *Quamvis regulariter aliis non noceat res inter alios iudicata; ei tamen qui cum sibi primum de ea re actio vel defensio competebat, sustinuit sequentem agere: ac illi etiam, qui passus est eum, a quo causam habuit experiri, est praeiudicium generatum* ». Exempli causa, qui *ab intestato* heres succederet, ab hereditate repellitur per *testamentum*, quo alius extraneus vocatur heres et aliis relinquitur legatum. Si heres *ab intestato* adversus heredem testamentarium valorem testamenti impugnet, sane legatarii qui, nullo declarato aut

in iudicio agunt ». — *Art. 854:* « Quum interesse probatum fuerit, iudices admittent tertii interventum, in stadio tamen et in terminis quibus versatur causa ».

(1) In genere huiusmodi cautiones dantur per *pignus* aut *hypothecam* aut per *fideiussorem;* iuxta titulos *De pignoribus et aliis cautionibus X* (III, 21) et *De fideiussoribus, X* (III, 22).

testamento rescisso nihil amplius percipiunt, maximum habent interesse, ut in causam interveniant, se adiungentes heredi testamentario adserenti valorem testamenti. Cf. *c. 2, De proc. in 6* (I, 19).

Interventus autem non *voluntarius* est, sed *necessarius* quum unus litigat adversus alterum cuius negotium est aliis vel alii commune; quare praestat ad plenam negotii definitionem, aut ab obtinendam rem quam reddere non potest pars in iudicium conventa, ut iste advocet in causam etiam *tertium*. Hoc frequentius accidit adversus fideiussores, qui a creditore vocantur in causam, quando debitor principalis non est solvendo.

Praeterea non solum aliquando urget petere interventum in causam, sed etiam praestat vel necesse est alium litigantem a iudicio expellere in se litem transferendo; prouti agitur in *l. Titia. Divortium. 34 ff., Soluto matrimonio*, ubi id agitur quod si pater, filiae dirempto matrimonio, ad dotem a marito repetendam iudicium instauret, liberum filiae sit intercedere ne patri sed sibi tamquam patriae potestatis vinculo solutae et sui iuris factae, liceat litem inchoare vel prosequi, ut dos sibi reddatur.

Quocirca, in universum, concludemus, necessitatem vel occasionem huiusmodi interventus fieri in causis ita *connexis*, ut decisio unius pendeat ab alia quasi accessorium a principali, nec non in re vel negotio, *pluribus communi*. Exemplum causae taliter *connexae* in re eccles. habetur in can. *Tantis Daniel, dist. 81,* ubi advertitur sententiam latam contra indigne ordinatum praeiudicare ordinatori.

Sententia vero decernens de re pluribus communi et ipsa, in sua vi, communis est pluribus, ex. gr. in causa servitutis; si unus ex sociis ob commune praedium, contendat servitutem praedio deberi et obtineat, eius victoria omnibus prodest; uti omnibus noceret sententia contraria, *l. Loci 4, § Si fundus 3, ff. Si servit. vindic.*

556. Hisce praemissis, patet quomodo interventus triplici ratione locum habere potest:

1) *voluntarius ex parte tertii interesse habentis;*

2) *coactus in causam ob commune negotium;*

3) *coactus auctoritate iudicis seu ex officio ad plene definiendam causam, quae, non citato tertio interesse habente, definiri plene non potest.*

557. In primam speciem habemus disertam praescriptionem *cap. 2, Ne lit. pend. aliquid innov. in 6* (II, 8) in quo ita edicitur de quadam lite beneficiali: « Si ad defensionem ipsius litis aliqui, quorum interest, petierint se admitti, eos in illo statu quo ipsam invenerint, decernimus admittendos ». Et hic traditur:

1) Genuina notio interventus *voluntarii* in causam, quia Pontifex antea decernit nullum debere *substitui* in locum renunciantis beneficium litigiosum, vel illud alia de causa cedentis « *ne*, ait, *propter novos adversarios (qui malitiose interdum petitoribus surrogantur) litigia in Ecclesiarum dispendium prorogari contingat* »; permittit vero *ingressum* interesse habentium, cum isti naturaliter partem in causa censeantur habere ex natura negotii.

2) Advertatur, intervenientes admitti debere in causam *in eo statu in quo ipsam invenerint*, sive in prima sive in ulteriori instantia in gradu appellationis, ne antea acta repeti debeant cum graviori dispendio priorum litigantium.

3) Tantummodo in causis beneficialibus si deficit unus ex litigantibus, alius non subrogatur iuxta praescriptum regulae 2ae *Cancellariae* inscriptae: *De subrogandis litigantibus;* sed Episcopus aut eius delegatus curat de ea lite definienda; nam in aliis causis, deficiente una parte, in eius locum surrogatur ille, qui probat se successisse in ius cedentis.

4) Exinde patet differentia *subrogationis* ab *interventu;* cum subrogatus suppleat unum ex litigantibus, interveniens se

adiungat alteri litigantium; proindeque sub diversis formis iudicialibus processus in uno alteroque modo locum habet.

558. Caput Bonifacii VIII expositum mentionem non facit nisi de interventu tertii *voluntario;* regulae vero quoad alias duas species *interventus* alibi continentur. Revera quando egimus de competentia fori, advertimus continentiam causarum dividi non debere, sed per eam effici, ut iudex sit competens super alia causa cum principali connexa, et in personas habentes iuridicam relationem cum illis negotiis; cf. *c. c. Prudentiam*, § *Si vero - De off. deleg. X* (I, 29) et *20, De test. X.* (II, 20) et *9, De in integr. rest. X* (I, 41) (1).

Hinc ob talem connexionem causarum si unus ex litigantibus putet sibi opportunum alium vocare in causam, petit a iudice illum citari, veluti ut praestet sibi *cautionem* seu *securitatem* aut *liberationem a molestiis*. In hac specie citatio dicitur *litis denuntiatio*.

Iudex, cognita petiti interventus legitima causa, tertium citat sibi subiectum ob connexionem causarum. Quare ratio *competentiae* repetitur ex ipsa *connexione causarum* (2).

(1) Cf. supra *De prorogatione competentiae ex connexione causarum, n. 344 seq.*

(2) In *cit. cod.* Greg. de *interventu necessario* haec decernuntur: Art. 855: « *Interventus est necessarius:* 1) quum iudices *ad instantiam* alterutrius litigantium aut etiam *ex officio* decernunt, tertium in causam vocari; 2) quum tertius convocatur a reo convento in iudicium principale ut sibi praestet *cautionem* aut *liberationem* a molestiis ». Art. 857: « Convocatio in causam personarum foro eccles. obnoxiarum non potest decerni a iudicibus laicis. Si hi recognoscent causam non posse decidi absque illarum interventu, instantiam remittent *ex officio* ad iudices ecclesiasticos. Art. 860: « In secundo casu *art. 855* reus conventus, qui velit tertium convocare in iudicium, ut eum cogat ad sibi praestandam cautionem aut liberationem a molestiis, debebit illi *denunciare litem* instauratam ab actore ». Art. 871: « Interventus *necessarius* etiam ad effectum cautionis aut liberationis a molestiis non poterit admitti neque decerni quam a iu-

Alius casus interventus necessarii habetur in fideiussore, qui a creditore vocatur in causam iam incoeptam contra debitorem principalem, ut sibi caveat de solutione, si iste sit *non solvendo*.

Item casus frequens interventus necessarii habetur in emptore qui vocat in iudicium venditorem, ut respondeat tertio volenti rem emptam quasi suam sibi vindicare, seu *evincere*. Iura relativa habentur determinata in tit. *De fideiussoribus*, *X* (III, 22), in tit. *De pignoribus et aliis cautionibus*, *X* (III, 21) et in tit. *De emptione et venditione*, *X* (III, 17) praesertim *cap. ult.*

559. Iudex *ex officio* in *civilibus* quoque tertium provocare potest in causam, quum eumdem sciat, ob communionem negotii iudicialis, sufficienter edoctum de facti controversi adiunctis et de iuribus ei competentibus in huiusmodi causa.

In processu canonico hac potestate pollet iudex *ob competentiam ex connexione causarum*; et quia ad recte instruendum processum omnem causae partem rimari debet. — Iuvat autem tertium *ex officio* iudicis in iudicium provocari, non tantum quia melius instruitur causa, sed magis quia uno iudicio finitur negotium, quod secus ulteriori instantia definiri deberet.

dicibus prioris instantiae; salvis iuribus tertii aut partium exercendis in apposito iudicio coram iudicibus competentibus, prouti et quatenus ratio expostulat ». Verum *ex iure comm.* non prohibetur huiusmodi interventus *necessarius* etiam in gradu appellationis. Dumtaxat quaestio est inter interpretes, an interventus *necessarius* admittendus sit in gradu appellationis quoad quaestiones *cautionum* seu *liberationis a molestiis* seu *evictionis.* Sententia affirmativa est sane probabilis; cf. Cuiaccio in *l. 5, De evict. Cod. L. VIII, tit. 44*, et Donello, Comm. *De iur. civ., XIII, 2.* — Quare in foro eccles. admitti potest huiusmodi interventus *necessarius* in gradu appellationis, si utilis sit et aequitati respondeat. Interventus *voluntarius* in gradu appellationis seu *oppositio tertii* sententiae iam prolatae induit speciem *appellationis*, uti suo loco dicemus.

TITULUS XVI.

DE ATTENTATIS.

Huc referat. tit. 16, lib. II, X.

Summarium. — 560. *Attentatum* in sensu iuris est aliquod factum violans prohibitionem seu *inhibitionem*. Inhibitio alia *iuris* alia *hominis*. — 561. Contra attentata laeso competit *actio nullitatis* vel *rescissoria*. — 562. Explicatur generalis iuris inhibitio; nempe: « *Ut lite pendente nihil innovetur* ». — 563. Quid veniat nomine *innovationis*.

560. Attentare in sensu iuris in re iudiciali est aliquid facere contra *inhibitionem*. In processu iudiciali habentur *inhibitiones iuris* seu generales iuris prohibitiones, et *hominis* seu *iudicis inhibitiones*, nimirum *speciales prohibitiones*. — *Inhibitio iuris* generalis habetur in *tit. 16, lib. II* sub rubrica quae continet legem absolute expressam his verbis praeceptivis: « *Ut lite pendente nihil innovetur* ». Innovatio hic prohibetur circa rem litigiosam seu obiectum litis, donec lis non fuerit composita per sententiam definitivam, quae legitime executioni demandata fuerit, aut quocumque alio modo cessaverit litis pendentia, scilicet transactione, in arbitros compromisso, renunciatione, peremptione instantiae aut simili ratione.

Aliae habentur *inhibitiones* ab *homine* quotiescumque *iudex* sive in introductione sive in instructione sive in definitione et executione, assignat uni aut utrique parti terminos ad ponendos actus iudiciales. Hisce pendentibus terminis alia pars non potest aliquid mutare circa articulum litis, quem alia pars determinato tempore ius habet expediendi.

Si quid innovetur contra *inhibitionem*, committitur *attentatum*. Imo non solum partes, sed ipse iudex *attentaret*, si quoad rem litigiosam vel quoad actus processus aliquid statueret contra inhibitionem legis aut legitime a se factam aut a iudice superiore, pendente appellationis periodo, praeceptam.

561. Ex data notione, patet attentatum esse speciem spolii, quia alium deturbat a pacifica quasi possessione sui iuris. Exinde contra attentata sive a iudice sive ab alia parte, laeso competit actio nullitatis vel actio rescissoria, ita ut ulterius procedendum non sit, donec omnia in pristinum statum restituta fuerint; argum. *cap. 17, De elect.* et *elect. potestate*, *X* (I, 6) et *cap. ult., De term. permut. X* (III, 19). Inquam - *laeso competit actio nullitatis vel actio rescissoria* - quia utrum *attentata* sint *ipso iure* nulla, vel potius rescindenda non convenit inter DD.; cf. Reiff. *h. t. n. 20, 21* (1). — Sed forsan quaestio non potest absolute determinari, quia *attentata* peccant contra diversas inhibitiones, quarum diversus est valor.

562. Hisce praemissis *in genere*, videamus *in specie* quando lis *pendere incipiat*, et quid prohibeatur sub nomine innovationis. In Clem. *cap. 2 h. t.* (II, 5) adamussim *litis pendentia* ita determinatur: « Cum lite pendente nihil debeat innovari, litem quoad hoc pendere censemus postquam a iudice competente in ea CITATIO emanaverit et ad partem citatam pervenit, vel per eam factum fuit quo minus ad eius notitiam perveniret, *dum tamen in citatione praedicta, talia sint expressa per quae plane possit instrui super quibus in iudicio convenitur* ». Apprime advertantur postrema verba quibus inculcatur necessitas significandi congrue citato intentionem actoris, qua non habita notitia, lis pendere dici non potest. Vidimus suo loco, ex praxi hodierna, in *actu citationis* contineri *libelli oblationem*.

563. Nomine *innovationis* prohibetur quaecumque immutatio, qua uni ex litigantibus actori sive reo praeiudicium infertur circa ius controversum. Haec prohibitionis regula appli-

(1) DD. passim asserunt contra *attentata* competere laeso *restitutionem in integrum*. Sed in isto casu et in aliis huiusmodi *restitutio in integrum* non est *remedium* extraordinarium de quo locuti sumus *ad n. 268 seq.* sed est ordinaria actio *rescissoria* actus vel *declaratoria* nullitatis; cf. *n. 267*.

cavit processui aequitatem naturalem, iuxta quam *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. - Reg. iur. 74, ff.* — Hinc:

1) Ex *c. c. 1 et ult. h. t. X* rescriptum obtentum in praeiudicium alterius ex collitigantibus, veluti obreptitium vel subreptitium nullum est, nisi Pontifex mentionem faciat *litis pendentis.* Neque sufficeret clausula *ex certa scientia* et *motu proprio,* quia Summus Pontifex non praesumitur velle derogare iuri tertii *lite pendente,* nisi de hac mentionem faciat expressam.

2) Lite pendente, rerum et actionum litigiosarum alienatio prohibita est, et si fiat statim revocanda est. Quod si res alienata recuperari nequit, is, qui alienavit, rem aequivalentem in eius locum substituere tenetur, quae res subrogata indolem *rei litigiosae* statim assumit. Cf. *can. 50, caus. 11, q. 1* et *c. c. 2 De testibus, X* (II, 20) et *3 et 4 h. t. X.*

3) Etiam in causis matrimonialibus, *lite pendente*, coniuges propriis iuribus privari non debent in foro *externo;* nihilominus in foro *interno* cum *certa* impedimenti dirimentis conscientia ipsi coniuges nec petere nec reddere debitum possunt. Cf. *c. c. 2, h. t. X* et *3, 5, 13, De rest. spoliat. X* (II, 13).

4) Innovatio, *pendente lite,* in *re beneficiali,* specialiter interdicitur in *c. c. 1 et 2 h. t. in 6* (II, 8); quibus statuitur, quod si ex duobus qui iudicialiter contendunt sive circa provisionem beneficii quacumque canonica forma factam, sive circa beneficium iam obtentum, alteruter vel decedat vel liti cedat, alius in eius locum substitui non debeat, sed interea litem cum superstite terminandam esse, ex officio a iudice.

Quocirca occasione huius dispositionis confecta est regula 2ª Cancellariae Apostolicae quae « *De subrogandis litigantibus* » inscribitur, ex qua si duo super beneficio litigent, et eorum alter litem deserat, conceditur litiganti superstiti unus mensis ad petendam surrogationem in omne ius quod adversario

competebat, ut taliter, in una persona consolidato omni iure, lis necessario succidatur. Interim vero, decurrente mense utili, alteri sive tertio surrogationis beneficium concedi non potest. Verumtamen etiam ipse litigans a iudicio removetur, et beneficium habetur vacans, si adversus hunc incontinenti demonstretur, ipsum per fraudem vel per intrusionem in beneficium ingressum esse, aut adversarium qui cessit, beneficium iam praescripsisse per triennium pacificae possessionis, vi regulae 36 Cancellariae *De triennali possessione.*

Praeterea de collatione *litigiosi beneficii* agit const. *1 h. t.* in Clem. (II, 5), statuens: si duo super beneficio litigantes moriantur in *curia romana*, vel ille moriatur qui beneficium possidebat, vel neutro possidente, unus in curia, alius extra curiam decedat, ad Romanum Pontificem collationem reservatam esse. — Si vero alter moritur in curia, et superstes vel alius cuius intersit litem prosequatur, confert Summus Pontifex, quando exitus litis doceat, saltem beneficii possessionem pertinuisse demortuo. In aliis casibus collatio spectat ad Ordinarium.

TITULUS XVII.

DE CONTUMACIA.

Huc referantur tit. 14 et 15, lib. II.

Summarium. — 564. In compescenda contumacia non attenditur regula, *lite pendente nihil debere innovari*. — 565. Contumacia consideratur iure canonico tum sub aspectu *contemptus* iudicialis auctoritatis, tum sub aspectu praesumptae *renunciationis* factae iuri defensionis. — 566. Hodie in eccl. processu civ. attenditur tantum hic secundus aspectus. — 567. Nonnulla advertuntur in *genere* quoad remedia in contumaces ex iure can. — 568. Triplici modo haberi potest contumacia. — 569. In civilibus si actor et reus sint contumaces, lis declaratur *deserta*, in *criminalibus* poenis contumacia cohibetur. — 570. De remediis in *actorem* contumacem. — 571. Remedia in *reum* contumacem, lite nondum contestata. — 572. Quaeritur quomodo applicanda sint *primum* et *secundum* decretum immissionis in bona. — 573. De remediis *in reum*, lite iam contestata. — 574. Poenae sunt remedium *extraordinarium*. — 575. Contumacibus prohibetur instantia appellationis. — 576. Hodie, pro ratione temporum, in *civilibus* et etiam in *spiritualibus*, seu in causis mat. contumax praesumitur renunciare iuri suo.

564. Legi superius expositae nimirum, *lite pendente nihil esse innovandum*, in decursu processus aliquando exceptio facienda est eo consilio, ne prohibitio aliquid immutandi, pendente lite, pertrahatur ad fraudem per dolum alterutrius partis. Iuris positivâ voluntate duo ponuntur praecipui casus exceptionis, nempe in *titulo 14, l. II*, ubi agitur *De dolo et contumacia*, et in *titulo 17*, ubi sermo est *De sequestratione possessionum et fructuum*. Cum primis agamus de contumacia.

565. Contumacia generatim in iudicio canonico dicitur: *omnis inobedientia erga iudicem ecclesiasticum legitime iubentem commissa;* ex *can. 6 caus. 24, q. 3* et *c. c. 3 h. t. X* et *1, 2, 3, Ut lite non contest*, *X* (II, 6) et *cap. 1, De appell.*

in 6 (II, 15). Quam in definitionem advertatur, in contumacia praecipue attendi *ex iure positivo can.*, inobedientiam erga iudicem eiusque auctoritatis contemptum, unde contumacia dicta fuit *delictum personale* (1).

Etiam iure romano sub tali aspectu contumacia considerata fuit, et proscripta quasi crimen iuris publici; cf. *l. l. 11, ff.* § *4, De interrog.* et *53, ff.* § *1, De re iud.* — Nihilominus alia qualitas in contumacia attendi debuit, nimirum praesumptio renunciati iuris ex parte illius sive actoris sive rei, qui instantiam prosequi negligit, vel citationi obtemperare praetermittit, sciens, adversario suo tantum praesente et instante, iudicium expediri aut definiri.

566. Et hoc considerare praestat, quia hodie passim apud *cod. civ.* contumacia sub hoc alio aspectu, iuris nempe omnino privati, perpenditur; quocirca contumacia consideratur, veluti tacita renunciatio iuris experiendi sua iura in iudicio. Nimirum *actor* qui legitime reo citato non comparuit ad prosequendum iudicium, praesumitur renunciasse instantiae iudiciali; *reus* qui non compareat ad ius suum tuendum, habetur *pro confesso*, quippe qui absque defensione patiatur condemnari (2).

At ius canonicum debuit et debet recognoscere utrumque contumaciae effectum, ut remedia in contumaces magis responderent tum ordini can. iudiciali in lite inchoanda et prosequenda, tum maxime auctoritati et reverentiae iudicum ecclesiasticorum praesertim Episcoporum, et naturae negotiorum ecclesiastici fori.

(1) Unde de contumacia procuratoris, tutoris, non mandans, non pupillus puniendus est, sed ipse procurator aut tutor; et de hac contumacia mandans, pupillus indemnis fieri debet.

(2) Ita cod. Ital. proc. civ. statuit conceptum contumaciae *art. 380, 381, 401, 440*, imitatus cod. Gallicum; quamvis ab hoc paulisper dissideat. Nam cod. Gallicus recognoscit duas contumaciae species, quarum altera habetur in non comparendo, initio iudicii, neque per se neque per

567. Ex hac indole contumaciae in iudiciis eccl. necessario sequitur:

1) Istam comprehendere quamcumque inobedientiam erga iudicem commissam, qua impeditur ordinarius iudicii processus, unde cum communi Reiffenstuel *h. t. n. 45* ita eam exemplat: « Potest pluribus modis ac praesertim sequentibus modis (contumacia) contingere: videlicet in non veniendo, in non respondendo, in respondendo obscure, in recedendo absque licentia infecto negotio, in non iurando, in non exhibendo; utputa non restituendo pignus aut non edendo rationes ad mandatum iudicis et huiusmodi ».

2) Cum contumacia consistat in contemptu iudicialis auctoritatis, *vere* contumax est ille qui, cognoscens citationem, nulla iusta causa impeditus, iudici non obtemperat, nec non ille per quem stat quominus ad eius citatio perveniat; *ficte* contumax autem est qui iusto detentus impedimento, iudici obedire non valet. Iste dicitur *ficte contumax*, quia iudex ipsum habet uti contumacem, et in eum quasi contumacem procedit, donec

procuratorem (*faute de comparaître*) et altera habetur in neglecta iudicii prosecutione (*faute de conclure ou de plaider*). — Cod. cit. Greg. huius codicis Gall. institit vestigiis *art. 556 sq.* — E contra cod. Ital. recognoscit tantum contumaciam in non constituendo procuratore; quo constituto, si hic negligat iudicium prosequi, non admittitur casus contumaciae, sed simplicis renunciationis factae iuri defensionis aut ipsi iudiciali instantiae. — Systema vero contumaciale iuris can. passim incusatur apud commentatores processus civ. hodierni, quasi illud ex una parte sit severius, ex altera fini non respondeat. Sed uti videre est apud Mattirolo *op. cit., vol. III, n. 926* huiusmodi accusationes innituntur notitiae haud exactae processus canonici. Sed modo non vacat hos refutare errores. Dumtaxat hoc innuimus, nempe omnes cautelas adhibitas in declaranda contumacia, quae fit ob spretam *trinam* citationem aut *unam peremptoriam*, has fuisse expressas a iure rom.; cf. *l. l. 68, 69, ff., De iud.*; easdemque esse accommodas huic systemati admodum severo in contumaces. Etiam cod. cit. Greg. contentus non fuit una citatione ad declarandam contumaciam.

ipse purgaverit suam contumaciam, seu probaverit legitimum impedimentum, quo probato, rescinduntur iudicis decreta in eum lata; cf. *caput 18, De sent. et re iud., X* (II, 27) et Gloss. in *h. c.*

3) Ob specialem contumaciae malitiam et graves poenas in eam edictas ius can. statuit, iudicem non debere procedere contra contumaces, nisi *tribus citationibus* aut *una peremptoria* trinae aequivalenti vocati sint. Verum, per se patet, quod haec citationis necessitas, trinae vel unius peremptoriae non urget adversus actorem, arg. *cap. 1 h. t. in 6* (II, 6), quippe actor, provocans rei comparitionem in iudicium, non alia expressa indiget monitione, ut ipse stato tempore compareat; quare evadit contumax, si non compareat in termino ipsi reo constituto ad certum iudicii actum ponendum. Cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 41* et Devoti, *Inst. can., lib. 3, tit. 6, § 2.*

At nonnulli DD., uti Reiffenst. *h. t. n. 81* et cl. Santi *h. t. n.* 7, asserunt actorem non comparentem in termino citationis reo intimatae, adhuc citari debere per trinam aut unam peremptoriam citationem. Huic sententiae *cap. 1 h. t. in 6* (II, 6) est omnino contrarius; suffragari videtur his Doctoribus *caput 3 h. t. X* (II, 14), in quo statuitur actorem citandum esse, non secus *ac reum.* At facile conciliantur haec capita inter se; nec non sententiae DD. — Nam in *cap. 1 h. t. in 6*, statuitur, actorem evadere contumacem ob comparitionem non factam in termino citationis rei, quin ulla specialis actori facta sit citatio; ita ut postea non audiatur, nisi nova facta rei citatione, reo refusis impensis, et praestita cautione de iudici sistendo. Quare hic agitur de ipso iudicio inchoando, ad quod ipse actor reum iusserat citari; et tunc citandi ipsum actorem nulla plane adest necessitas. Ex adverso in *c. 3 h. t.* quaestio est de aliis actibus *iudicialibus*, veluti de testium receptione; quam cum ipse *reus* postulaverit, *actor* citandus est ad testium cognoscendam productionem, quare, non datis congruis citationum decretis, actoris contumacia non constituitur.

Doctores autem unanimi sententia docent actorem esse contumacem non comparendo die constituto et loco pro *rei* comparitione; sed advertunt *trinam* aut *unam peremptoriam* requiri citationem, ut constet eum *vere* esse contumacem, seu nullo legitimo impedimento detineri quo minus compareat. Nam in genere, spernens unam citationem iam est *contumax*, sed secunda et tertia requiritur citatio aut una *peremptoria*, ut constet *iudicialiter* de contumacia, et hinc procedatur ad apposita remedia: cf. Reiff. *h. t. n. 112.*

4) Gravior est *actoris* contumacia quam *rei*, cum ille provocaverit iudicium, hic invitus in iudicium conventus sit; quapropter fortior est in *actorem* praesumptio fraudis et doli quam in *reum*, unde iudex severior in illum quam in istum esse debet. Hoc criterio iudex uti debet facultate etiam iudici delegato concessa in *cap. 24, De off. deleg.*, *X* (I, 29) et in *c. 1 h. t. X*, nempe expectandi citatum ex aequitate in unum vel in alterum diem ultra terminum citationis, quin declaretur contumacia; dummodo tamen iudex non sit *delegatus*, eiusque iurisdictio expiret in termino prorogationis; quare inutile eius officium evaderet.

5) Denique declaratio contumaciae est causa *incidens*, et in causis *civilibus* iudex *ad instantiam partis* hanc declarare debet, ad applicanda ea remedia quae consulunt iuri partium privato, nempe prospiciunt prosecutioni et definitioni iudicii, altera quoque parte absente. — Quoad alia vero remedia poenalia, quae compescunt contumacis spretum in iudicis auctoritatem, iudex procedit *ex officio* etiam in *causis civilibus*. In causis *criminalibus* et aliis id genus respicientibus bonum publicum, ordinario contumacia *ex officio* declaratur, sed etiam, aliquando, *ad instantiam* Procuratoris fiscalis aut alterius partis cuius interest.

568. His praemissis, videamus de remediis ad compescendos contumaces. Haec accidere potest sub triplici facti specie:

1) nempe, quod actor et reus sint contumaces;

2) quod solus actor;

3) quod solus reus.

569. In prima hypothesi *in civilibus* habemus litem desertam, quam iudex aliquando declarare potest ad perimendam instantiam, prouti explicavimus tractantes *de peremptione instantiarum* n. 309 in iure can. — In *criminalibus* autem ne crimina sint impunita, iudex poenis contumaces coercet.

570. In secunda hypothesi contra *actorem contumacem*, haec sunt comparata remedia, quae tamen non applicantur nisi declarata sit, modo quo diximus, partis contumacia. Et hoc *semel* pro *semper* advertimus.

1) Actore non comparente in termino citationis reo intimatae, ad eiusdem *rei instantiam*, iudex effectum citationis rescindit seu, uti dici solet, *circumducitur* seu *circumscribitur edictum;* et actor non admittitur ad aliam citationem, nisi reo *solvat expensas*, et praestet *cautionem de se iudici sistendo*. A contumace, sive actore sive reo, *refectio expensarum*, de iustitia semper exigenda est; cautio vero, *de se iudici sistendo,* exigitur quando ipse contumax a sua recedens contumacia quocumque in stadio iudicii postulat, ut ad ulteriora procedatur; et planum est.

2) Verum si reus habet probationes paratas, potiusquam obtinere *edicti circumscriptionem*, expetere valet ut eius excipiantur probationes, absente actore, eo consilio ut iudex pronunciare valeat sententiam definitivam reo favorabilem, quum huius probationes evincunt, actoris intentionem respuendam esse. Arg. *cap. 3, h. t. X*

3) Quando *lis* iam fuerit *contestata*, vel ulterius progressum sit in iudicii agitatione, at reus nolit fatigari in prosequendo iudicio, petit se absolvi *ab observatione iudicii.* Hoc remedium est pinguius alio *circumductionis*, nam per hoc tollitur tantum virtus factae *citationis* et absolvitur reus ab ipsa,

per illud autem tolluntur et rescinduntur *omnia acta* in tali instantia.

4) Ipsum remedium sub *n. 2* expositum duplici ratione applicari potest. Nam sententia definitiva vel reum absolvit tantum *ab impetitione actoris*, vel *absolute* et *adversus omnes* pronunciat in favorem *rei*.

Exemplo melius patebit differentia inter absolutionem *ab impetitione actoris*, et *sententiam* absolute *reo* favorabilem. — Si actor a reo vindicet fundum, actore iam incoeptum iudicium deserente, ad instantiam rei, iudex ex allatis probationibus potest decernere fundum actori non pertinere, et ita absolvit reum ab illius impetitione; adeo ut si denuo vellet iudicium instaurare, repelleretur exceptione *rei iudicatae*. Sed quia hic actor repellitur, non exinde alii repellerentur, qui nimirum postea iudicium instaurare possunt ad rem vindicandam, nisi iudex absolute adversus omnes rem adiudicet reo, decernens fundum reo et nulli alii pertinere. Haec est favorabilior sententia ut patet, valida adversus omnes.

5) Haec sunt remedia ordinaria quae praesertim consulunt iuri privatorum seu iudiciorum legitimae expeditioni. — Sed comparatae sunt etiam poenae ut insolentius non spernatur iudicis auctoritas; et hae sunt *privationes*, *inhabilitates*, *mulctae*, *sequestratio nec non ecclesiastica censura*, a quibus tamen sapientissime Conc. Trid. in *Sess. 25, cap. 3,* ait, admodum temperandum esse ne vilescant, et ad eas non deveniendum esse, quando contumax vel per privationes, per sequestrationes aut per mulctas possit ad officium reduci.

571. Contra reum contumacem haec sunt specialia remedia:

1) Speciale est quoad reum, adversus hunc procedi non posse ad sententiam definitivam, *si adhuc partes litem non fuerint contestatae*. Ex diverso, actore contumace, reus sententiam definitivam obtinere valet, uti explicavimus.

2) Iamvero, lite nondum contestata, in reum proceditur, concedendo actori ex *primo* decreto custodiam rei litigiosae; ex *secundo* decreto ipsam rei possessionem civilem aptam ad interdicta et ad praescriptionem, prouti decernit *titulus 15, lib. II, De eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae.* Siquidem iudex, declarata ad instantiam actoris rei contumacia, *primum* emittit decretum immissionis actoris in bona, rei *custodiae causa*, ex quo actor non fit horum bonorum nec verus possessor civilis nec dominus, sed custos et rei et fructuum eo consilio, ut reus taedio affectus huiusmodi tutelae in iudicium compareat.

3) At in actionibus personalibus non potest fieri immissio in possessionem rei litigiosae; quia actionis personalis intentio est, reum debere aliquid *dare*, *facere*, *praestare;* et tunc proceditur ad immissionem in bona debito aequivalentia; si censurae aut aliae poenae non prosint; ita Inn. III iubet in *cap. ult.* § *8*, *Ut lite non contestata*, *X* (II, 6) aiens: « Si antea super personali actione conveniatur, vel mittendus est actor in possessionem mobilium ipsius (*rei*) vel immobilium si forte mobilia non habeat, pro modo debiti; vel in contumacem est ecclesiastica sententia (seu censura) proferenda, ita videlicet quod alterutrâ poena, quae magis timeri debeat, iudex a principio sit contentus: ad alteram nihilominus processurus si hoc meruerit protervitas contumacis ».

4) Hoc immissionis decretum durat ad annum, quo inutiliter elapso, iudex devenit ad *secundum* decretum severius *primo*. Nam si reus non veniat infra annum, vel veniens infra annum non praestet idoneam *cautionem* se in iudicio sine fraude processurum, nec praestet expensarum congruam satisfactionem, actor per *secundum decretum* immittitur in veram bonorum possessionem; ita ut postea comparens reus, praestita cautione et refectis expensis, non audiatur nisi super quaestione *de proprietate*. Namque in *actionibus realibus*, reus, omissa rei con-

troversae *possessione*, non potest audiri nisi super *proprietate*. In *actionibus* vero *personalibus*, facta immissione actoris in possessionem rerum immobilium aut mobilium pro modo debiti, res litigiosa non amplius est ipsa actio personalis, sed res aequipollens a iudice designata et actoris possessioni attributa. Quare reus comparens non amplius auditur, nisi has res vindicandi causa; cf. *c. c. 5*, §§ *6*, *7*, *8*, *Ut lite non contest.*, *X* et *cap. 9 h. t. X* (II, 15). Actor vero taliter possidens gaudet interdictis, et est in conditione per longum tempus rem praescribendi, si aliis necessariis conditionibus sit aeque munitus ad praescriptionem (1).

572. Quoad modum applicandi secundum decretum haec teneantur:

1) Certum est in *actionibus personalibus* requiri expressum iudicis decretum et *primum* et *secundum*, ad habendos tum rei custodiae tum possessionis effectus; nam singulae res custodiendae aut possidendae a iudice determinari debent.

2) Etiam ex *c. 2*, *De eo qui mittitur in possessionem*, *X*, explorati iuris est, annum computari a die actualis immissionis; quod si actor ex dolo iudicis vel rei violentia immissus non fuit, aut a custodia rei litigiosae prohibitus est aut expulsus, annus computatur a die emissi primi decreti, et post lapsum anni *ipso iure* verus efficitur possessor, seu assequitur *secundi* decreti effectus.

3) DD. vero inquirunt, an in *actionibus realibus*, quando nulla adest fraus impediens primi decreti executionem, requiratur expressa iudicis sententia ad decernendam executionem secundi decreti, an potius *ipso iure* vim habere incipiat. Iamvero

(1) *Ad bonam fidem*, sufficit, uti docuimus, *persuasio nemini inferendi iniuriam per talem possessionem*; quin requiratur opinio domini, quae in possessore ex *secundo* iudicis *decreto* praecipue in *actionibus personalibus* haberi non potest. Nihilominus *praescriptio* quae subsequatur possessionem habitam ex *secundo decreto* vim habet etiam in *foro conscientiae*.

ex *cap. 11*, § *Verumtamen*, *De off. iud. ord.*, *X* (I, 31), hoc videtur ipso iure applicari seu praeterlapso anno a *primo* decreto, iam haberi pro incoepto *secundum* annum, adeo ut ipso legis imperio *post annum verus efficiatur possessor*. Tamen satius est ad vitandas quaestiones secundum decretum expresse interponere; cf. Reiff., *h. t. n. 19* et Santi *h. t. n. 3*. Ratio differentiae inter *actiones reales* et *personales* est quia actor in illis detinet ipsam rem litigiosam, in istis rem aequivalentem seu surrogatam.

4) Tandem advertatur iudicem posse pro prudenti arbitrio illum terminum anni restringere aut protrahere; cf. Maschat, *h. t. n. 8*.

573. Hactenus in hypothesi locuti sumus, *litem contestatam non fuisse*, nam, *lite contestata*, actor admittitur ad probationes afferendas: iudex interim omnia ponderabit ab actore producta, et *ex officio* supplebit rei defensionem ad veritatem detegendam; ita ut quando causa evadat sufficienter instructa, pronunciare valeat sententiam actori vel reo favorabilem. Si vero ad sententiam ob defectum probationum actoris deveniri non possit, nihilominus quia contumacia reum facit quasi confessum in suum damnum, actor statim per *secundum decretum*, quamvis non praecesserit *primum*, mittitur in veram possessionem rei petitae in actione *reali;* rei vero aequivalentis in actione *personali*, servata dumtaxat *quaestione proprietatis* absenti et contumaci reo, qui cautionem et expensas, uti diximus, praestiterit. Cf. *cap. 4*, *De eo qui mittitur*, *X*.

574. Si non suppetat medium ordinarium immissionis in bona ad frangendam rei contumaciam, nec lis definiri possit, recurrendum ad alias poenas, quas innuimus agentes de actore contumace, et frequentius usuvenit has adhibendas esse in reum quam in actorem, quia in illius absentia quam difficile est posse litem congrue definiri.

575. Denique iure canonico statuitur contra contumaces sive actorem sive reum, ipsos *ordinarie* appellare non posse a

sententia ipsis contumacibus prolata, et ratio in aperto est. Quare in decreto edito a *S. C. EE. et RR.* de mandato Clementis Papae VIII *a. 1600* « circa appellationes et inhibitiones », in *art. ult.* decernitur: « A sententia etiam definitiva contra verum contumacem prolata, appellatio non recipiatur, nec inhibitio aut alia quaevis provisio, quamdiu appellans in huiusmodi vera contumacia perstiterit, concedatur ».

576. Ex dictis patet duplicis speciei esse remedia in contumaces; alia nempe *punitiva*, alia simpliciter *iudicialia* seu comparata litigantibus ut litem definiant, vel instantiam absolvant adversus contumacem. Quod in systema, postremo loco, advertatur ob conditiones tribunalium ecclesiasticorum, nunc fere ubique haud posse concedi immissionem in bona rei contumacis sive custodiae sive possessionis causa, neque expedire *in civilibus* partium contumaciam *poenis* cohibere. Proinde potius adhaerendum est praxi *cit. cod. Greg. XVI in a. 556* et *seq.* aliorumque codicum, quibus supponitur contumax renunciasse iuri suae defensionis saltem in illa instantia; ita ut, eo non praesente, definiatur causa, vel instantia expediatur ac si praesens fuisset.

Sensim hic mos ob praxim fori laicalis et ob temporum nostrorum indolem libertati magis indulgentem, etiam in foro ecclesiastico inolevit, posthabitis nimirum mediis *poenalibus*, et tantum adhibitis *mediis iudicialibus*, quae sinunt causam praecidi aut definiri adversus contumacem.

Hoc observatur quoque in causis spiritualibus veluti matrimonialibus. In criminalibus vero reus contumax habetur pro confesso; nisi hic purget seu excuset suam contumaciam, aut contumaciae legitima causa detegatur ex inquisitione iudicis. In reum autem confessum poenae applicandae sunt.

TITULUS XVIII.

DE SEQUESTRATIONE POSSESSIONUM ET FRUCTUUM.

Huc referat. tit. 17, X, lib. II ita inscriptus.

Summarium. — 577. Sequestratio decernitur etiam adversus contumaces; et quia aliquid *innovat* in re litigiosa, est casus vim habens exceptionis. — 578. Declaratur notio sequestrationis. — 579. Sequestratio iudicialis alia est voluntaria, alia necessaria. — 580. Sequestratio *necessaria* decernitur in iudicio; et promovetur aut per quaestionem *principalem* aut *incidentem*. — 581. *Voluntaria* iudicialis, regula generali, usque est permissa. — 582. *Necessaria* vero est suapte vi, aliena a natura iudicii. — 583. Hinc admittitur tantum in casu perspectae utilitatis aut necessitatis. — 584. Explicantur exempla potiora huius necessitatis. — 585. Hi tamen casus *demonstrative* non *taxative* positi sunt. — 586. Quomodo decernatur sequestratio. — 587. Quomodo eadem demandetur executioni.

577. Processus contumacialis aliquam constituit exceptionem legi iam explanatae *tit. 16, X Ut lite pendente nihil innovetur;* in hoc titulo aliam explicabimus exceptionem; scilicet rei litigiosae aut alterius rei vel fructuum *sequestrationem*, quae secumfert in rem controversam innovationem, quando, *lite pendente*, ex quaestione *incidenti*, applicatur. Dixi - *ex quaestione incidenti* - nam sequestratio potest etiam peti per quaestionem principalem, nimirum non occasione pendentis alicuius litis. Sequestratio decernitur etiam uti remedium in contumacem.

578. Sequestratio est « *rei controversae vel fructuum eius apud tertium facta depositio* ». Inquam - *depositio* - tamen improprie, quia sequestrationi subiiciuntur res non tantum *mobiles*, sed etiam *immobiles;* et res profanae et ecclesiasticae, arg. *c. c. 2, h. t. X; unic. h. t. in Clem.* (II, 7) et *15, De iud., X.*

Haec notio traditur communiter a DD. ex *l. Sequester, ff. De verb. sig.* — *Tertius* apud quem plures eamdem rem de qua

est controversia deponunt, dicitur *sequester*. — Proinde sequestratio est species *depositi*, a quo maxime differt, quia sequestratio fit de *re controversa*, et fit ab iis inter se de ea re contendentibus seu fit a *pluribus* et in solidum, cum sequester debeat rem illi restituere, cui, causa finita, per sententiam res adiudicatur. — E contra simplex depositum est de re haud litigiosa, seu iudicialiter saltem non controversa, et fit ab uno, vel a pluribus pro parte, vel in solidum, et in illud tempus, quod partibus placuerit.

579. In ordine ad iudicia duplex distinguitur sequestratio: alia *voluntaria*, quae fit mutuo partium consensu; alia *necessaria*, quippe fit ex decreto iudicis, aut *ex officio* aut ad *instantiam* unius ex litigantibus, altero contra dicente.

580. Uti patet *necessaria* est semper *iudicialis* seu decernitur in iudicio; quae cum fiat etiam *ad instantiam partis*, patet posse peti quaestione *principali* aut *incidenti*. Ex. gr. creditor qui videt debitorem bona dilapidare, petit a iudice ut certas res supponat sequestrationi. Ita *cap*. 7, *De donat. inter virum*, *X* (IV, 20) uxor adversus maritum qui vergit ad inopiam, et iam in eo est ut dotem absumat, bonorum dotalium *principaliter* sequestrationem expostulat. — *Incidenter* vero enascitur quaestio sequestrationis, si dum iudicio quaeritur de solutione cuiusdam debiti, debitor seu reus conventus rem familiarem dissipet; quare actor petit, in sui crediti securitatem, bonorum sequestrationem fieri.

Cum agitur de sequestratione actione *principali*, nihil singulare est, sed cum instauratur *incidenter*, tunc videndum est *quando* et *quomodo* possit fieri, *lite pendente*, haec innovatio, seu sequestratio.

581. Sequestratio autem iudicialis *voluntaria*, est suapte vi *incidens*, et regulariter eam partes possunt semper obtinere, quia valent renunciare legi *litis pendentiae* in earum utilitatem latae. Dixi - *regulariter* - nam

1) illi prohibentur, qui aliunde sunt inhabiles ad contrahendum;

2) et possent a iudice prohiberi, si sequestrationem iudicaret minime conducere ad celeriorem et aequiorem causae definitionem.

582. Sequestratio *necessaria* est regulariter aliena a natura iudicii, quia *lite pendente nihil debet innovari*, neque reus rerum suarum possessione est spoliandus, ne iudicium ab executione incipere videatur, et ne possessoris scilicet rei partes favorabiliores 'pessumdentur; ex *cap. 1, h. t. X.*

583. Sed huic regulae, uti praecipit hic titulus, aliquoties derogatur, et recurritur ad *sequestrationem*, ea tamen sub lege, ut haec non permittatur, si alia suppetant media aeque idonea ad tutandam iudicii rectam prosecutionem et definitionem. Hinc DD. communiter autumant ad vitandam sequestrationem recurri debere ad *cautionem sufficientem*, iuratam vel non, de re vel fructibus eius restituendis, pro casu quo pars adversa finalem obtineat victoriam. Quanta vero sollicitudine ius can. caverit ne tum creditoribus tum debitoribus, praesertim quoad res ecclesiaticas, fieret praeiudicium per sequestrationem, patet ex titulis L. III, nempe *De pignoribus et aliis cautionibus, 21, X,* et *De fideiussoribus, 22, X.*

584. Praestat enumerare casus potiores in quibus permittitur sequestratio *necessaria:*

1) Si actor fructus rei in cuius possessionem custodiae causa ex *primo* decreto missus est, dissipet, tunc ea res sequestro deponitur, ex *c. 2 h. t. X.*

2) Sequestrationi est locus si reus, *possessor*, appellat a sententia contra ipsum lata, et interim rem litigiosam dissipat, ex *cap. 3 h. t.;* et arg. *l. 21, § 3, ff. De appellat.* — Haec praescriptio complectitur omnes casus in quibus timetur dilapidatio aut rei iactura controversae sive mobilis sive immobilis.

3) Arg. *c. c. 2, De dolo et cont., X* (II, 14) et *25, De*

rescriptis, X (I, 3); iudex aliquando adversus *reum* contumacem ad instantiam actoris, valet potius quam actorem in possessionem ex *primo* vel *secundo* decreto immittere, decernere sequestrationem, quando hoc putet expediens, attentis rei litigiosae qualitate et actoris ingenio.

4) In *cap. 27, De appell., X* (II, 28) decernitur beneficii sequestratio contra clericum non residentem et appellantem a decreto eum ad residendum, cogente.

5) In re matrimoniali fit *impropria* sequestratio praesertim in persona uxoris quando, pendente lite super valore matrimonii, timeantur saevitiae viri in mulierem, vel timeatur ne sponsa, de cuius matrimonii valore agitur, violentiam patiatur aut corrumpatur. Tunc custodiae causa, ipsa personae honestae vel melius religiosis foeminis in monasterio traditur custodienda. Cf. *c. c. 14, De spons., X* (IV, 1); *14, De prob., X* (II, 19); et *8, 13, De rest. spoliat., X* (II, 13).

585. Isti casus *demonstrative* non *taxative* indigitantur, ex quibus proinde deducenda est ratio generalis in propositum, seu omnes res controversas sive corporales sive incorporales veluti iura, res mobiles et immobiles, profanas et sacras, sequestrationi ex iudicis decreto supponi posse, dummodo hoc necessarium sit ad rem litigiosam integram et tutam conservandam dispositioni definitivae sententiae. — Verumtamen in sequestrandis certis rebus, pro harum natura speciales requiruntur cautelae. Ita de sequestrandis beneficiis, eorumque fructibus haec statuuntur.

Si duo contendant *apud curiam romanam* de beneficio animarum curam habente, et sententia edatur adversus possessorem, et hic appellet, vel provocando a iudice delegato ad delegantem Rom. Pontificem, vel obtinendo beneficium *novae audientiae;* interim a iudice ordinario beneficium sequestro deponendum est apud aliquem, qui congrue satisfaciat oneribus beneficii, restituturus fructus, detracta eius legitima mercede, ei qui in iudicio fi-

nalem obtineat victoriam; ita Clemens V in *cap. un. h. t. in Clem.* (II, 6). Dispositio haec Clem. V extensa fuit a Pio IV ad beneficia litigiosa *reservata* S. Sedi in const. *Sanctissimo* 26 oct. 1560. — S. Pius V vero in const. *Cordi* 30 martii 1568 extendit ad *quoscumque* beneficiorum *fructus;* ut isti, lite pendente, deponantur apud personam idoneam. Cf. Giraldi, *Expositio iuris Pont., Part. I, Sect. 252, 258.* In has const. commentarium exaravit Pax Iordanus *De re iudiciali, tit. De sequestratione.*

586. Modus decernendi sequestrationem est sequens:

1) Si *instantia partis* praecesserit, iudex debet praemittere summariam cognitionem de iure litigatoris postulantis sequestrationem, necnon de conditionibus litis pendentis, ut videat an necessaria sit sequestratio, et utrum iuri postulantis consuli possit per cautionem aut aliud medium, antequam recurratur ad illud exceptionale sequestrationis.

2) Hinc ut intersit disceptationi *quaestionis incidentis* citanda est alia pars in cuius praeiudicium sequestratio decernitur.

3) Haec pars si velit, ius habet deferendi adversario iuramentum *calumniae* ob causae gravitatem: ita communiter DD. Cf. Pirhing *h. t. n. 15.*

4) Quando vero iudex procedit *ex officio* in bonum publicum ad vitanda scandala et turbas inter cives, si causa sit gravior et manifesta statim, non citata parte, potest decernere sequestrationem; veluti si adesset periculum ne partes litigantes re non sequestro posita, ad arma devenirent; si causa est dubia, pars citatur ad declaranda dubii facti vel iuris adiuncta, nisi magis expediat aliter inquirere veritatem. — Ita *ex officio* procedit iudex ad applicandum praescriptum cit. Clem., sed quia constitutio data est, *ad compescendas litigantium malitias,* si, in themate, nulla subsit malitia, et sequestratio non sit facilis executionis, iudex ordinarius abstinere valet ab huiusmodi decreto. Cf. Santi, *h. t. n. 2.*

587. Data sententia sequestrationis interlocutoria, haec ita mandatur executioni:

1) Eligitur vel de consensu partium vel iudicis auctoritate sequester seu persona idonea ad custodiam rei sequestratae; ex. gr. pro beneficiis sequester sit clericus.

2) In sequestrem non transit rei possessio, sed simplex rei custodia, nisi contrarium expresse caverint partes vel ipse iudex; cf. *l. 6, ff., Depositi.* Quare sequester rem diligenter custodiat et fideliter administret, rem et fructus restituturus victori.

3) Sequestratio ordinarie cessat, lite finita, sed aliquando etiam antea si sequester demoriatur, cum eius officium non transeat ad heredes; vel si alia ratione cesset sive partium voluntate sive iudicis decreto sequestrationis necessitas.

4) Sequester, restitutis re et fructibus et administrationis reddita ratione, ipse indemnis fiet de rebus a se gestis (1).

(1) Celebri instituto sequestrationis affine est *arrestum personale* propter debita, ex quo quis detinetur in carcere donec solverit sua *civilia* debita, vel aliter creditori satisfecerit. Antiquitus debitor ita detentus debebat laborare pro creditore, ut ei compararet aequivalens emolumentum; postea quia visum est nimis durum ita hominem alteri homini subdere ob *civilem* obligationem, arrestum permissum fuit ad urgendam debitoris voluntatem in debiti solutionem. — Ius can. toleravit quasi conforme communibus moribus arrestum personale ob debita *civilia* seu seiuncta ab *actione criminali* magis quam positive probaverit. Cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 36 seq.* et Maschat *h. t. n. 12.* — Modo apud civiliores nationes arrestum personale ob *civiles* obligationes expunctum fuit a codicibus, conservatum sub certis cautelis, quando *civilis* obligatio connectitur cum obligatione *ex delicto vel quasi delicto.* In regno italico hoc edictum fuit lege *7 Decem. 1877.*

TITULUS XIX.

DE TRANSLATIONE IUDICII DE UNA IN ALIAM PERSONAM ET DE RENUNCIATIONE INSTANTIAE AUT IURIS CONTROVERSI.

Summarium. — 588. Explicatur in quo versetur quaestio incidens *translationis iudicii*. — 589. At *translatio iudicii* et relativa *litis reassumptio* fit praemissa summaria cognitione. — 590. Quomodo ex renunciatione enascatur *quaestio* incidens.

588. Inter quaestiones *incidentes*, sane recensenda est illa personarum *successio*, quae frequenter locum habet inter personas iudicium constituentes, sive *principalem* sive *accessoriam* in iudicio partem habeant; haec *successio* dicitur *iudicii translatio.*

Siquidem iudex, actor et reus, respective, alii iudici, actori aut reo aliquando locum cedere coguntur. Re quidem vera iudex sive decedat sive inhabilis evadat sive revocetur a legitimo superiore, alium iudicem excipiet litem inchoatam absoluturum. Actor autem vel reus sive ex titulo universali sive particulari, in alium suum ius aliquando transfert. Ita heredes succedentes in ius defuncti universum, in se transferunt actiones suorum auctorum; hinc vulgaris regula: « actiones heredi et in heredem competunt »; cf. *Inst. Iustiniani, De perpt. et temp. action.* et *cap. 11, De iud.*, *X* (II, 1). Hoc fit in *civilibus* negotiis; nam in *criminalibus* actiones *poenales* non transeunt in heredem, qui tamen resarcire debet damna *civilia;* verum non ex suis opibus, sed ex bonis ab hereditate provenientibus; quare ad hoc etiam iudicialiter cogi possunt; arg. *c. c. 5, De raptoribus, X* (V, 17) et *9, De usur. X* (V, 19) et *28, De sent. excom., X* (V, 39) et *14, De sepult., X* (III, 28). — Quoad personas vero accessorias, non tantum in advocatis haec successio seu surrogatio habetur quando a parte, uno repudiato, alius substituitur,

sed maxime in procuratoribus si unus revocetur aut recusetur aut decedat: iuxta principia iam explicata in titulo *De procuratoribus*. Cf. *l. l. 8, 11, 22, 23 Cod. De procurat.*

589. Atqui talis substitutio personarum in iudicio legitime non fit sine aliqua cognitione, qua pateat quonam iure quis succedat in alterius locum seu lis ab alio reassumatur. Exinde in hac iudicii translatione et litis reassumptione admittenda et adprobanda continetur quaedam *incidens quaestio*. Ita, ex. gr., disserit *lex 27, ff. De proc.:* « In causae cognitione etiam hoc versabitur, ut ita demum transferri a procuratore (*in alium*) iudicium permittatur, si quis omnia iudicii ab eo transferre paratus sit; ceterum si velit quaedam transferre, quaedam relinquere, iuste procurator hanc inconstantiam recusabit ». Item in *l. 48, De famil. hercis.* haud dissimilis casus consideratur; nempe « si familiae herciscundae vel communi dividundo vel finium regundorum actor sit et unus ex litigatoribus (1) decesserit pluribus relictis heredibus, non potest in *partes iudicium* scindi, sed aut omnes heredes accipere id debent aut dare unum procuratorem in quem omnium nomine iudicium agatur ». Quoad vero successionem seu iudicii translationem de uno in alium iudicem attendatur *l. 60, ff. De iud.*, aiens: « Mortuo iudice,

(1) Cod. cit. Greg. haec statuit: Art. 903: « Quum, lite pendente, locum habeat mors aut mutatio status alterutrius litigantis, lex constituit uti dominum litis, illius partis procuratorem ». Art. 904: « Mors aut status mutatio denuncianda erit alteri parti; denunciationis vero actus huiusmodi facti probationes referet ». Art. 905: « Actus denunciationi antecedentes erunt validi, quamvis inscripti sint nomine defuncti aut illius qui passus est status mutationem ». Art. 906: « Mortis denunciatio, aut secutae status mutationis non prohibent quominus causa sententia absolvatur, quum eius disceptatio iam absoluta sit; et non supersit nisi sententiae prolatio ». Art. 907: « Aliis in casibus iudicium suspenditur; erit reassumendum per instantiam incidentem procuratori denunciatam utpote domino litis ob mortem aut status mutationem sui clientis; huiusmodi instantia citationem continebit ad audientiam qua disceptandum est meritum causae in eo statu

quod eum iudicare oportuerat, idem eum, qui subditus est (seu qui substituitur) sequi oportet ».

Sed nemo non videt, in hisce surrogandis personis et noviter admittendis, id cum primis curandum esse, ut per cognitionem iudicialem pateat, nullam fieri fraudem, et de iure et legitimo modo has personas substitui. In hoc versatur causa incidens.

Quia canones non exprimunt aliquam specialem formam pro hisce expediendis negotiis, attendantur ea quae expostulat natura cuiusque negotii. Utiliter tamen prae oculis habentur quae a codicibus hodiernis caveri solent.

590. Denique quoad ipsam litis renunciationem, non parvi ponderis incidentalis quaestio enascitur. Non hic agitur tantum de renunciatione facta *ipsi iuri controverso*, adeo ut post huiusmodi interpositam renunciationem, iudicis decreto confirmatam, de ea re amplius in iudicio agi non possit; sed maxime agitur de renunciatione facta *instantiae iudiciali* seu processui, salvo iure novam postea instaurandi instantiam, si libuerit. Hoc peragendi non una potest esse ratio. Si quis, lite instaurata ex processu causae, cognoscat se modo validioribus destitui probationibus, quas postea temporis progressu facile sibi comparare va-

iisque in terminis quibus versatur. — Progressu litis vocabitur supradictus procurator, nisi aliud prospectum sit iuxta sequentem articulum. — Actus vero qui parti denunciandi sunt, defuncti heredi denunciantur aut curatori illius qui status mutationem passus est ». Art. 968: « Si defuncti heres aut partis curator, ipse, nomine suo, litem prosequi intendat, alteri parti denunciare debet novi procuratoris constitutionem; aut praecedentis confirmationem. — Actus denunciationis referet novum mandatum procuratorium ». Art. 909: « In casu mortis, suspensionis aut cessationis ab officio procuratoris, tribunalis praeses qui illum adprobavit, poterit decernere ut negotia eius patrocinio commissa, assumantur ab alio procuratore, qui interim censeatur surrogatus ad omnes effectus necessarios, quousque pars illum confirmet aut novum constituat procuratorem ... »

let, potius quam sententiam provocare contrariam, opportunum est renunciare liti inchoatae. Item si quis arbitratur, se in lite contestanda non congrue et exacte suam petitionem aut, respective, negotium expressisse, nimis petendo aut negando, potest satius ducere, instantiam extinguere renunciatione, quam eamdem prosequi cum aperto sui iuris discrimine. Quaestio incidens tunc in hoc versatur, ut iudex ratam habeat et confirmet huiusmodi renunciationem, per sententiam interlocutoriam; cuius vim ita exprimit *cod. cit. Greg. a. 913:* « Renunciatio facta ab actore aut a reo, post editam sententiam, aequivalet rei iudicatae irrevocabili adversus renunciantem ». Cf. quae diximus § *3, De iud. inst. perempt. n. 316.*

TITULUS XX.

DE IUDICIIS SUMMARIIS.

Huc referant. Clem. 2, *De iud.*, L. II, et Clem. 2, *De verb. signif.*, L. V.

Summarium. — 591. Iudicium *summarium* est illud in quo omittuntur nonnulli actus, qui in ordinario servantur ad solemnitatem. — 592. Iudicia summaria, alia sunt *a iure*, alia *ab homine*, alia *a naturâ causarum*. — 593. Iuxta naturam causarum iudicia *summaria* alia huiusmodi sunt tum quoad solemnitates, tum quoad probationes; alia tantummodo quoad solemnitates. — 594. Quare iure rom. et can. inducta sint iudicia *summaria*. — 595. Quaenam causae hoc ritu absolvantur. — 596. Quaenam omitti debeant in processu *summario*. — 597. Quaenam omitti non debeant. — 598. Quomodo partes ordini processus *summarii* derogare valeant. — 599. Quare hodie late in usu sint iudicia *summaria* in curiis eccles..

591. Absoluta tractatione de iudicii *ordinarii* introductione et instructione, exponendus est modus introducendi et instruendi iudicia *summaria*, antequam de vi sententiarum, earumque executione loquamur.

Iam in exponendis actibus iudicialibus advertimus quaenam in iisdem requirantur ex *ipso iure naturae*, et quaenam ex *iure positivo*. Atqui notio substantialis processus *summarii* adamussim haec est ut, *praetermissa subtili observatione solemnis ordinis iudiciarii, simpliciter et de plano sine strepitu et figura iudicii procedatur, et quòdammodo sola facti veritate inspecta pronuntietur*. Haec prope sunt verba Clementis V in duabus citatis constitutionibus. Mens vero Pontificis fuit excludendi a iudicio *summario* eos tantum actus retardantes celerem litis expeditionem et meram solemnitatem referentes. Revera processus iudicialis ex *iure naturae* non habet certam et definitam formam, quam assumit per *ius positivum* illud determinans, addendo quoque quasdam solemnitates optime respondentes gravitati iudiciorum, et maiorem auctoritatem conciliantes

administrationi iustitiae. Verum aliquando expedit recedere a solemnitatibus, et formam processus substantialem tantum observare; unde processus summarius est *in quo legitime omittuntur, ad citius expediendam causam, certae solemnitates a iure positivo determinatae pro iudiciis ordinariis.*

592. Quia ordo iudicii ordinarii *iure communi* constituitur, proinde huic ordini derogari non potest, nisi ex speciali concessione principis in societate, aut ex lege iuris communis. Hoc sensu Pellegrini *op. cit., P. II, Subsect. I, Intersect. unic.* ait: « iudicia summaria alia esse *a iure* alia *ab homine* ». — *Ab homine,* nempe ex speciali praescriptione Papae in Ecclesia; *a iure* vero ob generalem legem editam in cit. Clementinis. Quia vero causae *summario* ritu tractandae non *taxative*, sed *demonstrative* hisce const. assignantur, hinc addit hic Doctor quaedam iudicia esse *summaria ex natura causarum.*

593. *Natura* vero *causarum* ex duplici diversa ratione exquirit processum *summarium.* Nonnullae enim causae sunt *leviores*, et hae expostulant *summarium*, tum *quoad solemnitatem* tum *quoad probationes.* Huiusmodi sunt causae, quae non pariunt magnum praeiudicium, ut sunt omnes incidentes quarum gravamen corrigi potest per definitivam sententiam; et causae admodum in iure favorabiles, uti causae alimentorum, causae piae.

Aliae causae quippe magni momenti *celerem* exquirunt processum, seu expostulant *summarium* quoad solemnitates, non vero quoad probationes; huiusmodi sunt causae *matrimoniales*, quae celerem exigunt definitionem. Haec distinctio *pro praxi* est maximi ponderis; cf. Pellegrini, *l. c., n. 3.*

594. Iure romano pro quibusdam causis vel levioribus vel celerem expeditionem exposcentibus, quales sunt causae possessoriae, causae alimentorum, mercedum, statuta erat *cognitio extraordinaria;* de qua ait *l. 1, § 9, ff. De praet. stipul.:* « *ipse praetor debet super ea re* SUMMATIM *cognoscere* ». Ius

can. ad litium ambages evitandas et ad spiritualia negotia sanctius pertractanda, iam enixe inculcaverat formam arbitralem et pacificam iudiciorum: nihilominus ne legibus Ecclesiae deessent iudicia optime ordinata, debuit evolvere studiosissime telam iudiciorum, at progressu temporis persentitum fuit nimis implicatam evasisse quarumdam causarum tractationem.

595. Huic necessitati prospexit Clem. V in *Clem. 2, De iud.*, determinans causas summatim agitandas, aiens: « Dispendiosam prorogationem litium (quam interdum ex subtili ordinis iudiciarii observatione causarum docet experientia provenire) restringere in subscriptis casibus cupientes, statuimus: ut in causis super electionibus, postulationibus vel provisionibus aut super dignitatibus, officiis, canonicatibus aut praebendis seu quibusvis beneficiis ecclesiasticis aut super decimis nec non super matrimoniis et usuris et eas quoquomodo tangentibus, ventilandis, procedi valeat de caetero *simpliciter et de plano ac sine strepitu iudicii et figura* ». Hae causae sunt summariae *a iure*. His addi possent causae monachorum et religiosorum; arg. *c. 26, De accus.. X* (V, 1) et *Extrav. — Frequentes - De iud. inter com. — Summariae* vero *ex natura* causarum sunt quaestiones incidentes, quaestiones possessoriae, causae alimentorum, xenodochiorum et aliae id genus vel *leviores* vel *celerem* processum exquirentes, Cf. Ferrari, *Summ. inst., II, 907.*

596. Ipse Clem. V interpretatus est *Clem. 2, De iud.*, in alia *Clem. 2, Saepe contingit. De verb. sig.* decernens quaenam omittenda sint, quum debeat procedi *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii* (1).

Exinde patet:

1) omittendam esse libelli oblationem, et sufficere quod actor *oretenus* suam petitionem manifestet, de qua solummodo

(1) Canonistae, uti Pellegrini l. c., plures faciunt animadversiones in singulas formulas, quibus concipiuntur rescripta delegationis *causae summariae ab homine.* At nos loquimur in genere de *summariis a iure.*

mentio fieri debet in actis a cancellario. Ait enim Pontifex: « *Verum quia iuxta petitionis formam pronuntiatio sequi debet pro parte agentis et etiam rei, si quid petere voluerit, est in ipso litis exordio petitio facienda sive scriptis sive verbo; actis tamen continuo... inserenda* ». Ex const. cit. *Saepe contingit.*,

2) patet citationem faciendam esse, sed trinam non esse necessariam, unam vero sufficere *simplicem*, assignato congruo tempore pro natura negotii;

3) omittendam esse *litis contestationem;*

4) posse procedi diebus feriatis *ob hominum necessitates* indultis;

5) necessariam non esse solemnem *conclusionem in causa;*

6) sententiam absque ulla solemnitate pronunciari posse, tamen in scriptis, citatis una simplici citatione partibus;

7) non debere concedi tempus nisi breve in dilationibus, sed hoc *relative* intelligendum est. Ait enim Pontifex: « amputet dilationum materiam, litem quanto poterit, faciat breviorem... partium advocatorum et procuratorum contentiones et iurgia, testiumque superfluam multitudinem refraenando ». Quae si in omnibus iudiciis observanda sunt, in summariis maiore rigore sunt urgenda.

597. Haec praetermitti permisit. Statuit vero quaedam non omittenda, seu decrevit:

1) non omitti praestationem iuramenti, sive *de calumnia* sive *de veritate*, iuxta ea iam explicata, in genere, quoad processum *ordinarium;*

2) partibus faciendam esse facultatem offerendi *positiones* et *articulos*, ad quos formulandos et in iudicio utrinque rite expendendos, assignabit opportunam dilationem, scilicet ad faciendas interrogationes iuxta positiones allatas; et ad excipiendas probationes super articulis respective a partibus propositis. Quod diligenter notat Pontifex hisce verbis in *cit. Clem.*

De verb. signif.: « Et quia *positiones* ad faciliorem expeditionem litium, propter partium confessiones; et *articulos* ad clariorem probationem usus longaevus admisit, nos usum huiusmodi observari volentes, statuimus, etc. » Pontifex vero hoc inculcat, quia positionum datio ad provocandas interrogationes, et datio articulorum ad determinandum obiectum probationum supplent defectum *litis contestationis in summariis;* siquidem hac ratione assignantur controversiae limites; ait Pontifex: « .... et ad exhibendum omnia acta et munimenta, quibus partes uti volunt in causa, *post articulorum dationem* diem certum.... valeat assignare »;

3) iudicem sive ad partium instantiam, sive ex officio utcumque hoc aequitas suadebit, litigantes interrogare debere;

4) item probationes necessarias et defensiones legitimas admittendas esse. Hoc perclarum est, sed antea Pontifex dixerat: « *exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo* »; et hoc aliquam difficultatem facessit, cum id semper curandum sit. — *Glossa in hoc caput*, ad verbum *amputet* habet: « Sed potest dici speciale quod in his fortius quam in aliis iudex hoc poterit ». Attamen advertatur, praecipue per haec verba iudicem edoceri, ut excludat omnem exceptionem dilatoriam non necessariam definitioni causae, ita omnem quaestionem sive incidentem sive connexam cum principali, quando ista sine praeiudicio postea definiri possit, nec non omnem cumulum actionum. Et hoc est speciale summario iudicio; cf. Reiffenstuel, *De except.*, § *ult.* (1).

598. Denique advertantur haec verba Pontificis in *cit.*

(1) Quare in processu *summario* quoad causae *instructionem* omnia observantur aeque ac in *ordinario,* sed tantum curandum est, ut terminus probatorius sit brevior, neque implicetur quaestionibus incidentibus aut accessoriis. Quomodo in curia rom. processus *summarius* late adhibitus sit, et hinc quomodo determinati sint taxative hi termini, tradit Pellegrini, *l. c. n. 31 sq.*

const. Saepe: « Si tamen in praemissis casibus solemnis ordo iudiciarius in toto vel in parte, non contradicentibus partibus, observetur, non erit processus propter hoc irritus nec etiam irritandus ». Ex quibus haec teneantur:

1) in praemissis casibus partes posse petere a iudice ut procedatur *iudicio ordinario;* et iudex hoc concedet, nisi expresse prohibeatur a ratione boni publici, aut a mandato Pontificis. Exceptis enim huiusmodi casibus, in aliis privati cives iuri suo renunciare valent, nempe processui summario in huiusmodi causis ad bonum privatum constituto. In genere vero, iudex in causis expressis in *cit. const.* et in aliis similibus debet proponere et inculcare ritum *summarium*, nisi rationaliter partes praeferant *processum ordinarium;*

2) Quando partes non conveniunt, quum altera *summario* processu, altera *ordinario* procedere expostulet, si *ex iure* aperte non pateat, an causa iudicio summario vel potius ordinario subiicienda sit, a iudice per sententiam interlocutoriam praeiudicialem hoc determinandum est. Semel vero hoc definito, iudici non fas est, partibus invitis, sequi processum *ordinarium* potiusquam *summarium*.

3) Sed in processu summario possunt etiam observari nonnulli actus solemnis iudicii *ordinarii*, partibus aut postulantibus, aut non contradicentibus.

4) At recta processus ordinatio exigit, ut partes in exordio litis declarent, an procedere velint *summario* an *ordinario* modo; et de hac voluntate in actis constet, sive *tacite* sive *expresse* manifestata.

5) Verum quaeritur inter DD. an, quando causa *summario* processu agitanda, de partium voluntate *ordinario* iudicio disceptetur, valeat sententia prolata, non servatis solemnitatibus necessariis in processu formali. — Reiff. tit. *De iud. n. 51* citans De Luca, *De iud., disc. 1, n. 12, 13*, negat. — Contra Bouix, *De iud. eccl., II, p. 309* affirmative respondet innixus facultati a

Pontifice partibus factae *observandi in toto vel in parte processum ordinarium.*

Puto veram esse et omnino tenendam primam opinionem, quia partes eligentes iudicium *ordinarium*, huius ritum integre servare debent; renunciarunt enim suo iuri, non secutae *summarium.* Clem. V vero loquitur *de suscepto* a partibus processu *summario, in quo solemnis ordo iudiciarius in toto vel in parte... observetur.* — Quare, suscepto processu *summario*, hic non vitiatur si quae observentur solemnitates *ordinarii*, suscepto vero *ordinario* in exordio litis, manifestata *tacite* sive *expresse* voluntas id operatur, ait De Luca, *l. c.:* « ut iudicium, quod alias de sui natura *summarium* sit, ita reddatur *ordinarium* ».

599. Quum iudicium summarium instruatur excludendo nonnulla iudicii ordinarii requisita ad solemnitatem, patet non posse congrue exerceri processus summarius, si ordinarius non probe cognoscatur.

Hodie vero pro statu curiarum, huiusmodi iudicia summaria magno usui esse quotidiana experientia docet. Siquidem hodie in curiis illae tantum agitantur causae, nimirum *spirituales*, *beneficiales* aut *disciplinares*, quae suapte natura *celerem* expostulant definitionem. Usus autem solemnitatum fere ubique impeditur ob angustias, quibus constricta fuit exercitatio potestatis ecclesiasticae.

SECTIO III.

De iudicii definitione seu conclusione.

Summarium. — 600. Pluribus modis finitur *instantia* iudicialis vel ipsa *quaestio* iudicialis. — 601. Ordo tractationis.

600. Iudicium, sive *ordinario* sive *summario* processu instruitur, ut per sententiam definiatur. Verum quamvis eo spectet iudicium inchoatum, ut per sententiam definitivam absolvatur, tamen alia etiam ratione iudicium incoeptum aliquando absolvitur. Nam non semel tantum *instantia* iudicialis absolvitur.

1) Iam vidimus quomodo iudicium de una persona in aliam transferatur; at tunc non *absolute* iudicium finitur, sed solummodo cessat *instantia* iudicialis *relate* ad certam personam, cui in iudicio alia succedit. Veluti per mortem *actoris* sive *rei* fit ut heres sui auctoris personam prosequatur gerere in iudicio vi translationis iudicii; nec non per status mutationem accidit ut quis personam standi in iudicio absolute amittat; v. gr., si actor aut reus in amentiam labatur, quare huic curator aut procurator in lite substituendus est.

2) Etiam aliquando redditur impossibilis iudicii prosecutio, scilicet *in criminalibus* per mortem accusati, nec non aliquando expirat *instantia* iudicialis in *civilibus*, utputa, quando tum *actoris* tum *rei* persona in unam refunditur; veluti si actor fiat heres sui adversarii seu *rei*, adeo ut titulo hereditatis actor obtineat quod alio titulo repetebat.

3) Item si res controversa casu periret, adeo ut nec amplius litis adesset obiectum, nec possit repeti aequivalens, quum res non alterius culpa interierit, plane lis extinguitur. Sed hisce etiam in casibus iudicium non reapse absolvitur, sed amplius agitari non potest *instantia* iudicialis, quia res incidit in eum casum a quo incipere non poterat.

4) Praeterea *instantia* iudicii perimitur lapsu temporis, vel deserta declaratur a iudice, aut renunciatione extinguitur.

Ipsa autem quaestio iudicialis vel extraiudicialis,

1) vel amice per compromissum aut transactionem a partibus componitur, aut

2) renunciatione iuris legitimo modo facta.

De hisce modis suo loco iam egimus; nunc agendum est de sententia iudiciali, utpote quae constituit legitimam et ordinariam quaestionis iudicialis definitionem.

601. Sententia vero in iudicio *ordinario* suas exquirit solemnitates ad validitatem; in *summario* autem sententiae vis propria inspicitur, attenta eius naturâ absque iuris posit. solemnitatibus. Quapropter videndum est de natura et solemnitatibus sententiae iudicialis, unde primum titulum inscribimus: *De sententia iudiciali.* Quia sententiae si minus rectae videantur, petitur ut corrigantur, rescindantur, aut revocentur a iudicibus, succedit alius titulus: *De remediis ad sententiam impugnandam legitimis.*

Sententia vero sive primae sive secundae sive tertiae instantiae, post certum tempus efformat ius firmum, seu transit in *rem iudicatam*, unde tertius ponitur titulus: *De re iudicata.* Tandem cum in conclusione iudicii semper incidat quaestio de expensis iudicialibus, agitur in quarto titulo: *De expensis iudicialibus.*

TITULUS I.

DE SENTENTIA IUDICIALI.

Huc referat. tit. 27, lib. II, X.

Summarium. — 602. Sententia dicta est a *sentiendo*, quia dictanda est iuxta animi *sensum*, motum ab intima persuasione. — 603. Sententiae notio eiusque requisita sive *intrinseca* sive *extrinseca*. — 604. Primum requisitum est competentia; at quaeritur quomodo iudices, aliunde competentes, sententiam significent quum collegialiter procedunt. — 605. Secundum requisitum est ut sententia sit *iusta* et non *dubia*. — 606. *Iusta* sit, nempe ne laedat neque ius positivum, seu legem, neque ius particulare litigantis. — 607. Adversus iudicem *iniuste* pronunciantem competit laeso actio ad *indemnitatem*, et etiam actio *poenalis*. — 608. Neque *dubia* sit oportet, ut reapse controversia definiatur. — 609. Denique sententia debet esse conformis libello seu intentioni actoris congrue contestatae, expresse vel tacite sive actu solemni contestationis litis sive in decursu instructionis causae. — 610. Requisitum *extrinsecum* habetur in forma observanda in pronuncianda sententia. — 611. Ex hisce actibus iudicialibus ii qui spectant ad solemnitatem observantur tantum in edenda sententia in iudicio *ordinario*. — 612. An sententia referre debeat rationes decidendi.

602. Iudex gressum facit ab instructione ad sententiam definitivam, quando ex parta sibi in animo morali certitudine, persentit pene necessarium *animi sui motum*, ut loquitur *c. 6, De renunc., X* (I, 9) potius in unam quam in aliam controversiae partem, seu subiectivam persuasionem impellentem ad causam iuxta veritatem definiendam; quare sententia dicta est *a sentiendo* seu ab intimo animi sensu aliquid uti certum reputantis. Hanc moralem certitudinem praerequiri pronunciationi cuiuscumque sententiae sive definitivae sive interlocutoriae, exploratissimi iuris est.

603. Sententia sive causae principali ex ordinario aut summario processu, sive incidenti finem imponat est « *pronunciatio*

iudicis legitima super re a litigantibus proposita ». Proinde eius requisita *intrinseca* sunt:

1) ut a iudice competente edicatur:

2) ut sit definitio controversiae seu *iusta* et non *dubia* decisio quaestionis, *accommodata libello* seu *petitioni* litigantium. — Requisitum *extrinsecum* est ut proferatur iuxta *legitimam formam* processus.

604. Ad primum requisitum, quomodo nempe iudex necessariam nanciscatur competentiam, sufficienter exposuimus suo loco. Quamobrem sententiae pronuntiatio est solemnis iudicialis auctoritatis exercitatio et expressio. Verum quia iudex est aliquando persona moralis seu tribunal est collegiale, pressius determinandum est, quomodo iudicum collegium suam exprimat séntentiam. Iamvero

1) Hac in re sive delegati, sive ordinarii sint iudices, principium generale est, attendi maioritatem votorum, et ab omnibus edictum censeri, quod a maiori parte edictum est; ex *l. 33, ff. De re iudicata.*

2) Si duo sint iudices ordinarii aut delegati aut arbitri, iique aequalitate suffragiorum in diversas abeant sententias, *cap. 26 De sent, et re iud.*, *X* (II, 27) decernit: « Duobus iudicibus (ut accepimus) diversas sententias proferentibus, si ex iurisdictione *ordinaria* processerunt, tenet pro *reo*, non pro *actore* sententia, nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote seu testamento, pro ipso fuerit promulgata. Si vero ex *delegata* potestate, utraque pendet sententia ex arbitrio delegantis. Quod si ex compromisso, neutra debet habere vigorem ». Nam iudicis ordinarii potestatem habent *in solidum; pro parte* vero iudices delegati, nisi contrarium expresse dicatur; item arbitri sive *iuris* sive *compromissarii.*

3) In tribunali collegiali sententia lata a pluribus iudicibus *delegatis*, quorum unus iurisdictione, ex. gr. *ob excommunicationem* privatus sit, sententia nulla est; ex *cap. 24, De sent.*

et re iud., X; et hoc fit etsi *delegati iudices* dati sint sub clausula *quod si non omnes.* Nam *delegati* qui non in *solidum* habent iurisdictionem, eamdem *collegialiter* obtinent seu pro parte, adeo ut omnes simul procedere debeant. — Quare, uno admisso iurisdictione carente, actus collegialis intrinsecus vitio inficitur. — Ex sensu contrario secus dicendum de collegio iudicum quoque *delegatorum* qui in *solidum* iurisdictionem habeant. Quisque enim ex se valet ipsam controversiam definire, et collegialitas non ipsam impertit iurisdictionem, sed solummodo modum determinat exercitii eiusdem iurisdictionis; nimirum quod praevaleat maioritas votorum; cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 33 sq.*

605. Secundum requisitum seu ut sententia sit *iusta* et non *dubia* definitio litis, est eidem ita intimum et naturale, ut cuicumque sententiae etsi extraiudiciali sit necessarium.

606. *Iusta* est si edatur *secundum ius.* Sententia vero potest laedere directe vel

1) ipsum ius commune vel particulare, scriptum vel non scriptum seu legem, vel

2) ius partis.

Laedit *primo* directe ipsam legem, quando aliquid disponit aperte contrarium legibus certis et claris, et tunc sententia est ipso iure nulla, quia ex *reg. 64 iur. in 6: quae contra ius fiunt debent utique pro infectis haberi* et « licet non sit (sententia) appellatione suspensa, non potest tamen subsistere ipso iure » uti ait *cap. 1 h. t. X.* Notanter diximus - *aperte contrarium legibus certis et claris* - nam si talis oppositio sit dubia, vel ratione facti controversi, vel ratione dubii iuris, sententia non est nulla ipso iure, sed appellatione irritanda, si casus ferat; ex *cap. 13 h. t. X* et cf. Schmalz. *h. t. n. 42* et Reiffenstuel *h. t. n. 70 sq.*

Sententia *secundo* directe laedit *ius partis* v. g. cum exclusa fuit immerito aliqua species probationis alioquin efficax,

vel conclusum fuit in causa, instructione nondum absoluta; tunc sententia ipso iure nulla non est, dummodo iniustitia non sit *notoria*. Nam in dubio semper praesumitur pro iudice quod sententiam iustam ediderit, dummodo non sit « *evidenter et notorie* contra ius litigantis » ita *cap. 13 h. t. X*. Si enim adest haec *notoria* iniustitia in ius alterius partis, laesio haec *directe* refunditur vel in ius positivum, vel saltem in ius naturale, quod nulla hominis sententia infringi valet.

607. Sententia iniusta sive irrita sit sive irritetur, quamvis nullum ius inter partes constituat, nihilominus dat actionem contra iudicem ad indemnitatem petendam, nempe *civilem;* nec non *poenalem* ad puniendam iudicis culpam. Nam in magistratu ob eius publicum munus, simplex quoque ignorantia vel negligentia naturam induit *culpae;* quare in iudices taliter culposos Inn. IV in *cap. 1 h. t. in 6* (II, 14) suspensionem per annum decernit, incurrendam ipso facto; at per *const. Ap. Sedis* haec suspensio abrogata fuit (1).

608. Insuper sententia sit *non dubia* oportet. Nam sententia non definit controversiam, nisi reum vel absolvat vel condemnet in toto, vel ex parte circa petitionem actoris. Verum sufficit etiam determinatio rei debitae generice, v. gr. quum decernitur praestatio rei et fructuum per peritos *aestimandorum*. Certitudini sententiae opponitur quoque *conditionis appositio*, quae valorem sententiae suspendat in futurum eventum, de cuius existentia postea iterum exoritur *iudicialis cognitio*. Proinde non obest conditio facti iam iam imminentis, et naturâ suâ notorii, utputa si pendeat sententia a iuramenti praestatione, veluti si iudex pronuntiet: *defero tibi iuramentum, et si praestiteris, absolvam te vel absolvo ab excommunicatione vel suspensione;*

(1) Concil. Trid. in *sess. 24, c. 20, De ref.*, constituta iudiciorum ordinatione, ait: « *Alias eorum* (iudicum) *processus ordinationesve nullius momenti sint, atque ad damni satisfactionem partibus illati teneantur* ».

cf. Pirhing *h. t. n. 21* et Schmalzgr. *h. t. n. 39*. Quod conditionis appositio sententiae noceat. in aperto est. Nam sententia debet ius efformare, inter partes, certum, cuius quaeritur vel executio. vel ulterius examen apud iudicem appellationis.

Aliquando forsan sententia incidens seu *interlocutoria* ita conditionate concipi valet. Sed tunc non habetur vera sententia, sed remissio decisionis ad aliquem eventum (1).

609. Denique sententia debet esse *definitiva* quaestionis promotae seu conformis *libello*, prouti huius petitio fuit in litis contestatione. aut aequipollenter alio actu iudiciali ab actore firmata et a reo negata. et hoc sensu: *faluus est iudex qui iudicat ultra petita;* nempe in *civilibus*. quibus proceditur *ad instantiam*. In *criminalibus* et *spiritualibus* causis *ex officio* potissimum firmatur obiectum controversiae, et huic se debet conformare sententia iudicis.

Praeterea haec conformitas sententiae petitioni actoris adversus reum contestatae, etiam in *civilibus* intelligitur, habita ratione illius accessoriae mutationis aliquoties intervenientis in obiecto litis, quum causa instruitur, praesertim ob exortas quaestiones incidentes, quae non semel influunt in sententiam definitivam.

Iste conceptus, apprime necessarius, ne processui canonico noceat rigor contestationis litis, ita inculcatur ab Alex. III in *cap. 6, De iud.*, *X* (II, 1): « *Provideatis attentius ne ita subtiliter sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veri-*

(1) Ita Reiffenstuel *h. t. n. 95*, testatur, de praxi tribunalium absolventium reum *sub conditione;* nempe *nisi melius actor suam intentionem probaverit;* eamdemque consuetudinem dicit rationabilem ob *receptos mores.* — Hoc non diffiteor, at censeo huiusmodi *sententiam* non esse proprie iudicialem seu definitivam, sed potius esse *decisionem iudicialem,* non vero definitivam. Decisiones Rotales R. aliquantisper huiusmodi indolem referebant.

tatem secundum formam canonum... »; idem inculcat Innocentius III in *cap. 31, De simonia, X* (V, 3) et clarius Clem. V in cit. *cap. 2, De verb. signif.*, docens iudicem ut « *sententiam proferat prout ex petitione et probatione et aliis actitatis in causa fuerit faciendum* ». Hoc pressius pertinet ad iudicia *summaria*, sed spectat quoque ad *ordinaria*.

610. Hactenus de requisitis *intrinsecis*; modo de *extrinsecis* seu de iis praecipue iure positivo constitutis. Ex istis dispositionibus attingunt sententiam tum in *summario* tum in *ordinario* processu editam, sequentes:

1) ut scripto exaretur, et scripta legatur et publicetur, nominibus expressis iudicum et litigantium; cf. *c. c. 9* (*infra*) *De prob., X* (II, 19) et Clem. cit. *2, De verb. signif.*, et *cap. 5 h. t., X in 6* monet ut *ipse iudex* promulget sententiam aiens: « Et sententia definitiva (postquam scripta fuerit) debeat a iudice non ab alio de scripti recitatione proferri (alias nec nomen mereatur habere sententiae, nec ab ea sit appellare necesse); Episcopo tamen (quem propter dignitatis praerogativam ampliori convenit honore fulgere), sententiam ab eo ferendam licebit ad instar illustrium personarum per alium recitare »;

2) ut ultra debitum tempus eius prolatio non differatur. Trid. enim *sess. 24, De ref.*, statuit, lites definiendas esse inter biennium a die motae litis, secus integrum esse partibus ad iudices superiores confugere, qui causam « *in eo statu quo fuerit assumant, et quam primum terminari curent* ». Hanc praescriptionem iam commentati sumus in § *3, De iud. inst. peremptione, n. 309;* at hic praestat animadvertere ex praxi recepta et commendata a S. Congr. Concilii et a curia romana, in genere iudicem superiorem non debere excipere instantiae prosecutionem, si constet partes fuisse negligentes in eadem instruenda, vel pateat causam esse magni ponderis, vel longiorem exquisivisse tractationem; quamobrem dilatio defini-

tionis iudicis culpae tribuenda non sit. Cf. Pacis Iordani, *Elucubrationes. — De re iud., tit. 1, n. 28* (1);

3) ut promulgetur die non feriato, nisi agatur de *feria* in bonum privatum, cui renunciant partes: et horis audientiae assignatis ex *cap. 24, De off. deleg.*, *X* et in loco tribunalis, iuxta ea quae disseruimus de loco et tempore constitutis pro actibus iudicialibus. Cf. n. 360 sq.

611. Quae sequuntur attingunt tantum sententiam latam in processu ordinario.

1) Ex *c. 5. h. t. in 6* (II, 14) statuitur: « *Sententia, quam scriptam edi a iudice litigatoribus, non recitari, vel quam ab ipso stando, non sedendo proferri contingit, nullius penitus est momenti* ». Est solemnitas ad significandam iudicis auctoritatem. Contra de iudicio summario statuit Clem. V, *c. 2, De verb. signif.*, ut iudex sententiam recitet « prout ipsi magis placuerit, stans aut sedens »;

(1) Iuvat hic referre huius auctoritatis textum; en verba: « Procedit autem iam dicta Conc. dispositio quando propter negligentiam ipsius Ordinarii causae intra id tempus non expediuntur, de qua negligentia constare oportet, et ob id per tres vices aperte requirendus est de expeditione; et de huiusmodi requisitione docendum *(nempe ad acta)*. Quod si propter negligentiam vel malitiam partium sive alterutrius aut propter causae gravitatem contingat, non expediri cessat Conc.; ita Sac. Congr. Conc. ad *ipsum caput.* Barbosa, *alleg. 81, n. 9*; Franc. Leo in *Thesaur., part. 2, c. 1, n. 72* quod in antiq. est *cap. 10;* Aloysius Ricci in *praxi aurea resol. 334 a princ.*, Marches. et alii et ita habebimus prim. lim. *praed. reg.* de terminandis causis intra biennium. — Nec sufficit ad convincendum Ordinarium de negligentia recursus ad superiorem per viam querelae, quia superior debet terminum aliquem competentem praefigere inferiori negligenti, et nisi eo elapso, causam non debet avocare; Rota in *Feltren. canonicatus*, apud Marches. *pars 2, pag. 84* de qua inferius. — Et hac de causa quoties a Signatura petitur avocatio causarum ex isto capite, ipsa solet novum terminum assignare Ordinario ad expediendum, quo elapso, et causa non expedita, fit avocatio et commissio alteri iudici. Riccius in *praxi resol. 334* post Marches. ab eo cit. »

2) Ex *cap. 18 h. t. X* sententia ferenda est utraque parte praesente, legitime citata per trinam aut unam peremptoriam citationem.

Ex adverso in *summario* processu, ex *Clem. 2 cit.* decernitur: « Sententiam vero definitivam (citatis ad id licet *non peremptorie* partibus) in scriptis ... proferat ». Quamobrem eruitur, in iudiciis *oeconomicis* seu *summariis*, posthabito solemnitatum rigore, partium praesentiam in pronunciatione sententiae non omnino expostulari, quum id tantum necessario attendatur, ut sententia prolata partium ad notitiam perveniat. Huic intentioni adhaeret cit. *Instr. S. C. EE. et RR. 11 Iunii 1880*, et Decret. eiusdem S. C. *a. 1851* — *Instr. S. C. de Prop. Fide De iud. eccl. cir. caus. mat. ad* § *24* edicit, ad sententiam (1) publicandam tantum requiri, ut partibus haec nota fiat per apparitorem, relicto eis exemplari, de cuius traditione et receptione in scripto fides facienda est. Quare instructiones ordinantes processum *summarium*, minime deflectunt a mente Clementis V exquirentis magis communicationem sententiae partibus faciendam, quam ipsam earum praesentiam.

612. Ex *cap. 6, De renunciat., X* (I, 3) et *16 h. t. X*, eruitur, iure communi non requiri ut sententia rationes exprimat absolutionis vel condemnationis: idem obtinuit iure romano, arg. *l. 59, ff., De re iud.* — Ratio adducitur quia « *propter auctoritatem iudiciariam praesumi debet omnia legitime processisse* », ita *cap. 16 h. t. X*, donec contrarium partes in appellatione doceant. Quae ratio evincit, sententiam suam non repetere vim ex argumentis quibus proferatur, sed ex ipsa iudicis auctoritate; et hoc exploratissimi iuris est. Nihilominus admitti debet esse magis conforme legitimo litigantium desiderio, dili-

(1) En verba: « ... Sententia subscriptione iudicis et secretarii nec non sigillo curiae episcopalis munita partibus erit notificanda per curiae apparitorem, relicto iisdem illius exemplari: de quo in scripto fides erit facienda ».

gentiori iustitiae administrationi, nec non iurisprudentiae, scilicet interpretationi iudiciali firmiter stabiliendae, sententias pronunciare munitas rationibus quibus innititur dispositio. Hodie hoc observatur apud omnia tribunalia bene ordinata. Etiam in foro ecclesiastico haec admodum laudabilis praxis magis in dies inolescit, siquidem apud S. Congregationes Romanas et cum primis apud S. Concilii Cong. mos certus habetur exigendi, ut Ordinarii in sententiis edendis rationes exprimant definitionis, neque sententiae examini vel recursui submittantur appellationis, nisi rationes praeferant editae decisionis. Idem iubet Instr. S. C. Prop. Fid. supra cit. § 24 idemque praescripserat *cod. cit.* Gregorii XVI *a. 282* (1).

613. Imo ex ipso iure communi Decretalium nonnullis in casibus exigitur expressio rationum sententiae nempe,

1) in causis criminalibus, quarum in sententiis infligitur censura, nempe *poena medicinalis* ordinata ad correctionem certi criminis; cf. *cap. 1, De sent. excom. in 6* (V, 11) (2);

(1) Ut habeantur prae oculis nonnullae practicae quaestionum resolutiones in hanc materiam, consuli potest Pallottini, *Op. cit.* 2, Vol. XII *Voc. Lis citatio, processus, sententia* et in ephemeride *Acta S. Sedis*, cf. decisiones S. Cong. Concil. V. XIV, p. 320-332, et V. XVII, p. 140-156 et p. 570-582.

(2) In saepius cit. *Inst. Aust.* § *178* hoc cavetur: « Antequam sententia feratur tribunal matrimoniale ea in quae decernenda consensit, Episcopo, adiunctis rationum momentis, subiiciet; qui quando sententiam ferendam haud sufficienter fundatam censeat, tribunali matrimoniali iniunget, ut circumstantias ab ipso iudicandas denuo mature perpendat et de consultationum resultato ad ipsum referat ». In cit. vero *Inst. De Propag. Fide*, § *24* statuitur de sententia: « Haec in scriptis erit exaranda in eaque rationum momenta quibus innititur ex processu deprompta exponantur, succincte quidem, sed ita tamen ne quidpiam essentiale omittatur ». Cf. Ferrari, *Summa Inst. II*, *851.* Apud eumdem, n. 848 vide explicatum morem curiae rom. et nonnullarum curiarum pronunciandi sententiam *prout in cedula danda;* seu assumendo tempus triginta dierum a die pronunciatae sententiae quibus scriptis conficiebatur sententia et notario tra-

2) in causis appellationis, quando sententia lata in prima instantia revocatur; *cap. 18 h. t. X;*

3) quando iudex reum *absolvit ab observatione* iudicii ob ineptam actoris petitionem.

debatur publicanda. — In causis vero *summariis* intra brevius tempus a pronunciata sententia in actis redigebatur absque ulla solemnitate termini et exinde dicebatur, hunc haberi pro *servato*. In cod. cit. Greg. ita *a. 598* describitur forma sententiae definitivae: « Sententiae definitivae haec significabunt: 1. Nomen, cognomen, domicilium et personarum qualitates, prouti descriptae sunt in libello citationis; earumque procuratorum nomen et cognomen. 2. Petitionis tenorem. 3. Summam actorum et documentorum in causa allatorum. 4. Rationes decidendi 5, ipsam decisionem seu partem dispositivam ».

TITULUS II.

DE MODIS AD SENTENTIAM IMPUGNANDAM LEGITIMIS.

Huc referant. tit. 28, 29, L. II et 41, L. I, X.

Summarium. — 614. Sententia non est firma et irrevocabilis quousque non pertransierit in rem iudicatam. — 615. Revocatur seu corrigitur sententia iudicialiter impetita modis *ordinariis* aut *extraordinariis*. — 616. Ex adverso per *utilem confirmationem* magis roboratur vis *sententiae* aut *rei iudicatae*.

614. Sententia a iudice prolata quamvis statim ius faciat inter partes, tamen firmum et irrevocabile non constituit, quamdiu legitime iudiciali instantia ulterius impeti valet, seu quousque sententia non pertransierit in *rem iudicatam*.

615. Modi ad sententiam impugnandam ordinati, alii sunt *ordinarii*, alii *extraordinarii*.

1) Modi *ordinarii* continentur in *appellatione late sumpta*; quatenus haec amplectitur appellationem

a) *iudicialem*; et

b) *extraiudicialem*. — In iudiciali *tertii oppositio* comprehenditur, ea nempe quam tertius extraneus iudicio primae instantiae, sed gravatus sententia iudiciali, exercet coram iudice altioris gradus, ad eamdem sententiam vel rescindendam (1) vel corrigendam.

2) Modi *extraordinarii* sunt,

a) querela nullitatis,

b) remedium restitutionis in integrum;

c) recursus ad principem;

d) beneficium *novae audientiae* invocandum coram iudicibus, qui altiorem iudicem non recognoscunt.

(1) Hac ratione iste *titulus* in Decretalibus non inscribitur *de appellatione*, sed *de appellationibus*. Verum in odiosis, puta criminalibus, nomine appellationis intelligitur tantum *appellatio iudicialis*.

616. Praeterea *iure can.* praesto quoque est medium reddendi sententiam ipsamque rem iudicatam magis firmam per *utilem* principis *confirmationem*, de qua suo loco disseruimus. — Ad rem nostram vero advertatur, *sententiam* aut *rem iudicatam* confirmatam a principe, nimirum Apostolica auctoritate in *forma specifica*, non tantum *ordinariis* remediis, sed ne *extraordinariis* quidem remediis *restitutionis in integrum*, aut *querelae nullitatis* impeti aut infirmari posse.

Antea dicamus de remediis *ordinariis*, postea de *extraordinariis*.

CAPUT I.

DE APPELLATIONIBUS.

Summarium. — 617. Traditur notio appellationis *iudicialis*. — 618. Explicatur conceptus appellationis *extraiudicialis*. — 619. Quaeritur an et quomodo appellationis remedium a iure naturae repetendum sit. — 620. Quia institutum appellationis iudicialis *iure posit.* ordinatur, patet quare Pontifices aliquando, suis decretis, iuri appellationis derogaverint. — 621. Determinatur, appellationem faciendam esse *gradatim*, seu *non omisso medio*. — 622. Explicantur gradus appellationis quoad iudices tum ordinarios tum delegatos. — 623. An a delegato Episcopi ad huius Vic. Gen. appellari possit. — 624. Quid singulare sit in appellatione extraiudiciali. — 625. De effectibus appellationis, seu de eiusdem vi *suspensiva* et *devolutiva*. — 626. Ob effectum *suspensivum*, *appellatione pendente*, nihil debet innovari. — 627. Effectus *devolutivus* ad superiorem devolvit cognitionem negotii controversi cum suis accessoriis. Si appelletur vero *ab interlocutoria*, cum hac devolvitur cognitio causae principalis, si appellationem legitimam esse pateat. — 628. Effectus *suspensivus* aliquando non sequitur appellationem ex prohibitione legis; *devolutivus* eamdem necessario comitatur.

617. Communiter appellatio *iudicialis* definitur « *ab inferiore ad superiorem iudicem provocatio ratione illati vel inferendi gravaminis* ». Huiusmodi institutum desumitur a *iure positivo* can. et ita eiusdem singulas partes intelligere debemus, nempe provocationem,

1) fieri *a iudice inferiore ad superiorem*, seu ad iudicem cui competit inferioris sententiam rescindere aut revocare. Utrum vero recurri debeat semper ad iudicem *immediate* superiorem postea dicemus.

2) Appellatio fit per *provocationem*, quasi superioris *invocata* defensione, quia haec intenditur omni actu, quo altioris iudicis imploratur *officium* et *auxilium*.

3) Denique fit ratione gravaminis *illati* vel *inferendi*; nam potest appellari non solum a gravamine iam *illato*, sed etiam a futuro seu *inferendo*. — Revera si quis appellet a sententia definitiva, appellat a gravamine iam illato, appellans vero ab *interlocutoria*, aliquando movetur a gravamine forsan inferendo in definitiva ob influxum decisionis interlocutoriae.

Canonistae subtiliter inquirunt quomodo appellari possit *a futuro gravamine*; cf. Schmalz *h. t. n. 17*. — Negant posse, in genere, appellari a gravamine quod nullimode adhuc est illatum, tempore quo fit appellatio. — Revera appellatio dirigitur ad corrigendum actum ob damnum iniuste ab eodem iam illatum aut inferendum. Ergo appellatio est *frustratoria* seu *irrationalis*, quae impetit actum ex quo nullum gravamen ne praevideri quidem aut timeri potest. Quamobrem gravamen quod appellatione vult propulsari, si non in *effectu*, tamen in sua *causa* proxime debet iam esse illatum, secus appellatio non est rationi consona.

618. Appellatio dividitur in *iudicialem* et *extraiudicialem*, prouti provocatur ab actibus iudicialibus, scilicet a sententia vel iudicis decreto; aut ab actibus extraiudicialibus, utputa a decreto Episcopi super praesentatione vel collatione beneficii. De hac ita decernit Alex. III in *cap. 5, h. t.* X (II. 28) « Si vero a gravamine et ante litis ingressum fuerit appellatum, huiusmodi audiatur appellans, quoniam sacri canones etiam extra iudicium passim appellare permittunt: nec solent huiusmodi dici APPELLATIONES, sed PROVOCATIONES ad causam ». Haec postrema verba aperte significant toto coelo differre appellationem extraiudicialem a iudiciali, et illam nonnisi improprie appellationem vocari, cum sit non causae prosecutio apud iudicem superiorem, sed vera causae instauratio seu prima in litem provocatio. Siquidem clericus qui, putans se gravatum esse ex. gr. in concursu parochiali, appellat ad Metropolitanum, provocat seu convenit Episcopum apud Metropolitanum ei responsurum de legi-

tima vel minus collatione beneficii parochialis, et ita adducitur in contentionem iudicialem negotium hactenus extraiudiciale. Tamen quia extraiudicialis appellatio habet cum iudiciali communes nonnullos legis effectus, non immerito ei tale nomen tribuitur (1).

619. Antequam ulterius procedamus ad intimius appellationis notionem evolvendam, quaestio est enodanda, an ista a iure positivo, vel potius a naturali repetenda sit. Iam advertimus institutum iudicialis appellationis modo a nobis generice in sua definitione explicatum, non a iure naturali, sed a positivo can. provenire. At hoc magis explicandum est.

1) Cum primis advertatur, appellationem *extraiudicialem* seu *impropriam* absque dubio esse iuris naturalis, quippe nihil aliud sit quam exercitium defensionis iudicialis, nempe *provocatio ad causam*, quod ius sane a natura est.

2) Appellatio vero *propria* seu *iudicialis* quatenus continet recursum ad iudicem *superiorem*, ut *inferioris* corrigatur sententia, non immediate derivat a iure naturae. Siquidem naturale ius praecipit, civibus praesto esse suorum iurium iudicialem defensionem, eamdemque ita ordinandam esse, ut iudicis imperitia aut malitia legitimam non impediat iuris controversi tuitionem et definitionem. At idem ius non expostulat, officium cognitio-

(1) Institutum appellationis prioribus Eccl. saeculis fere haud fuit frequentatum, siquidem more arbitrali controversiae apud iudices eccles. dirimebantur aut in synodo agitabantur, cuius sententia apud clericos et fideles absolutam obtinebat auctoritatem. Verum, adepto quieto rerum statu, Ecclesia de instituto appellationis agere debuit; quare in Conciliis Nicaeno (a. 325) et Sardicensi (a. 343) celeberrimi hac de re dati sunt canones. In Nicaeno actum est praecipue de appellatione clericis et laicis permissa ad synodum provincialem adversus sententiam Episcopi. In Sardicensi canones editi sunt percelebres circa appellationes ad Sedem Romanam. Cf. Hergenröther, *De appell.* — Has quaestiones sub aspectu iudiciali solide copioseque pertractat Devoti, *Inst. can. Lib. III, De appell. tit. 15, n. 20 seq.* sed maxime in *Prolegom. in Ius can. Tom.* I et III *append.*

num iudicialium distribuendum esse iudicibus gradu hierarchico diversis, quorum superior inferioris sententiam iterum examinet, ut hanc confirmet, rescindat, aut corrigat. Quare certe non peccaret contra ius naturae illa constitutio, quae in iudicibus seligendis tot adhiberet cautelas, et in iudiciis collegialiter exercendis ita provvide consuleret iuribus litigantium, ut unam tantum permitteret de quacumque controversia sententiam.

Plures rei iudiciariae hodierni tractatores opinantur hanc optimam futuram fore iudiciorum ordinationem, quippe quae celeritati et quaestionum diligentiori examini prospiceret. Nihilo secius, omnibus perpensis, appellatio ad iudicis superioris secundum vel tertium examen, non obstantibus eius defectibus, usque erit melius remedium. Et hoc sub aspectu mirum est quanta ingenii perspicuitate Ulpianus in prologo *tituli 1, De Appell. ff.* laudes et vitia eiusdem instituti expresserit; ait enim: « *Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius nemo est qui nesciat, quippe quum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorrigat, licet nonnunquam bene latas sententias in peius reformet; neque enim utique melius pronuntiat, qui novissimus sententiam laturus est* » (1).

(1) Hanc quaestionem late prosequitur Mattirolo *Op. cit. vol. IV, n. 423 seq.* — In Gallia tempore eversionis rerum publicarum in publicis comitiis haec quaestio mota fuit: « *Y aura-t'il plusieurs degrés de juridiction, ou bien l'usage de l'appel sera-t'il aboli?* » Tamen appellatio penitus expuncta non fuit: cf. Dalloz, *Répert. v. Appel. civil. n. 7*; Bonnier, *Elem. de l'organis. judic. cap. III*; Bordeaux, *Philosophie de la procédure.* — Etiam apud Romanos ante constitutos Imperatores appellationis institutum, quatenus est provocatio ad iudicem superiorem, ignotum fuit; sed executio sententiae iniustae aut iniquae impediebatur per ordinaria media comparata ad propulsandum *errorem, metum, dolum;* aut per medium extraordinarium *restitutionis in integrum.* Cf. Padeletti, *Op. cit. cap. 27, not. ult.; cap. 50, not. prima; cap. 61.*

620. Quibus ex animadversionibus, nonnulla magni ponderis sequuntur consectaria:

1) DD. passim docent appellationem quoad *substantiam* esse iuris naturae, quoad *formam* iuris positivi, ut videre est apud Schmalzgr. *h. t. n. 6*, et Leurenium *For. eccles. h. t. q. 1006.* Ex dictis patet hoc verum esse, si per *appellationem* intelligatur *generice* quodcumque remedium iudiciale aut extraiudiciale ordinatum ad corrigendam iudicum imperitiam vel malitiam; non adamussim exactum hoc videri, si nomine appellationis *specifice* sumatur remedium iudicialis provocationis a iudice inferiore ad superiorem.

2) Exinde patet iuri naturae non derogasse Pontifices quotiescumque causas nonnullas iudicandas commiserunt sub clausula, *omni appellatione remota*, quia praesumuntur hoc fecisse, quando ob iudicum qualitates et causarum conditiones cognitioni quaestionis etiam per unum examen satisfactum foret. Insuper in *hanc clausulam*, quae fere ab usu recessit, revocamus quae advertimus n. 93 explicantes officium iudicis delegati.

3) Praeterea evincitur iure meritoque Pontifices valuisse suo iudicio reservare nonnullas causas nempe *maiores* veluti causas criminales Episcoporum, quamvis exinde in huiusmodi iudiciis etsi gravissimis, omnis impediretur provocatio ad iudicem superiorem.

4) Item non est possibilis appellatio seu provocatio ad iudicem superiorem, apud Congregationes Romanas, quare conceditur *beneficium novae audientiae*, seu reassumitur causae examen apud eosdem iudices, quibus tamen nova litis argumenta proferri possunt. Porro in hoc remedio exulat conceptus appellationis, at consistit legitimum medium defensionis exactum ad ius naturae, idemque vel opportunum, quia iidem iudices, post ulterius diligens examen eiusdem controversiae difficiliter in *peius priorem sententiam reformant.*

621. Hisce praemissis, videamus quomodo ius can. gradus

determinaverit appellationis iudicialis. - Regula est, appellationem fieri a iudice inferiore ad superiorem, et *ordinarie* quidem *gradatim* non per *saltum*, seu fieri ad proximum et immediatum superiorem, non vero ad mediatum, omisso medio. Et haec iuris praescriptio maxime post decreta Conc. Trid. in *sess. 22, cap. 7 De ref.* et *sess. 24, cap. 20 De ref.* debet haberi uti *absoluta*, pertinens ad ius publicum, cui partes renunciare non valent quippe competentiam *ratione gradus* mutare partibus non fas est. Iure enim antiquo Decret. ex *cap. 66, h. t. X* (II, 28) appellatio *per saltum* poterat a partibus rata haberi, si contra illam exceptio non moveretur, et inde intelligebatur sanari defectus per prorogationem competentiae. Cf. Reiff. *h. t. n. 74.* At postea a Conc. Lugd. *a. 1242* in *cap. Romana, 3, § 1, h. t. in 6,* (II, 15) statutum fuit appellationes non permitti nisi gradatim promotas. Verum quia ex hoc decreto salvae declarantur *legitimae contrariae consuetudines*, Concilium Tridentinum l. c. innovavit const. *Romana* Inn. IV et sustulit qùamcùmque contrariam consuetudinem, extendens hanc legem etiam ad legatos Sanctae Sedis. Dixi *ordinarie*, quia exceptio fit,

1) ob primatùm Pontificis; unde, omisso medio, a quocumque iudice ad Papam appellari potest, et hinc etiam ad Cong. Romanas nomine et auctoritate Pontificis iudicantes. At vicissim, ab hac regula excipitur casus quo appelletur a subdelegato delègati Papae, qui subdelegavit non in totum suam iurisdictionem. Tunc enim cum delegatus Papae repraesentet personam Eiusdem, non debet appellari ad Papam, sed ad subdelegantem; ex *c. c. 27, § Porro. De off. deleg. X* (I, 29) sub *et 7 eiusd. tit. in 6.* (II. 14).

2) Integrum vero est appellare etiam ad iudicem Papa inferiorem, omisso medio, si iudex intermedius factus sit inhabilis phisice vel moraliter ex *c. c. 3, h. t. in 6 et 10 De off. deleg. in 6,* cf. cl. Santi *h. t.* n. 9.

622. Quare iure quo utimur hic est ordo servandus.

1) Ab Archidiaconis, et aliis id genus iudicibus Episcopo inferioribus, sicubi adhuc vigent, appellandum est ad Episcopi tribunal; sede vacante, ad capitulum vel ad Vicarium Capitularem legitime electum. — Sed nostra aetate magis in more est officium iudicis ab Episcopo delegati, et tunc ab isto appellatur ad Episcopi tribunal, vel, sede vacua, ad Capitulum vel ad eius Vicarium, posteaquam legitime deputatus sit. Sede plena, cum Episcopus et Vicarius Generalis unum efforment tribunal, indiscriminatim ad utrumque appellari potest, nec datur appellatio a Vic. Gen. ad Episcopum: ex *cap. 2, De consuet. in 6* (I, 4) *et 3, § 1, h. t. in 6.*

2) Ab Episcopi tribunali aut, sede vacante, a capitulo vel eius Vicario appellatio dirigenda est ad Metropolitani tribunal; excepto casu quo appellans uti vellet iure provocandi ad Pontificem, omisso medio, vel Episcopus sit immediate subiectus Sedi Apostolicae. Talis immediata subiectio habetur vel ratione privilegii, vel quia de facto Episcopus alicuius Metropolitani non est suffraganeus. Praeterea quamvis ab huius iurisdictione non sint immunes Episcopi, aliquando ratione *causae* vel *materiae* obtinent hanc immediatam subiectionem Romano Pontifici, veluti in causis sibi a iure communi puta a Tridentino Conc. vel a Papa speciali privilegio demandatis, ut iudicent « *tamquam delegati Sedis Apostolicae* »; tunc enim, misso Metropolitano, immediate ad Sedem Apostolicam appellatur, salva semper Legatorum S. Sedis et Nuntiorum auctoritate qua pollent, ipsam Summi Pontificis personam praeseferentes. Uti edictum fuit a Clemente VIII, ex consulto S. C. EE. et RR. a. 1600, *sub art.* 7, sequentis tenoris: « *Ab exequutione decretorum Sacri Concil. Trid. aut Visitationis Apostolicae appellationes a Metropolitanis non recipiantur, nec si Episcopi virtute eiusdem Sacri Concilii procedunt, uti Sedis Apostolicae delegati in causis quae sub eorum iurisdictione ordinaria non comprehenduntur, salva*

tamen in hoc casu Legatorum et Nuntiorum Apostolicorum auctoritate » (1). Si vero causa Ordinariis demandetur sub hac clausula « *etiam ut delegati Sedis Apostolicae* », quum per hanc significetur, casus demandatos, comprehendi quoque sub eorum iurisdictione ordinaria, remanet hac in specie integra Metropolitani auctoritas ad excipiendam appellationem; ita declaravit S. Cong. Concilii in *Tarraconen.* 1588, *Zamoren.* 1589, *Ianuen.* 1597 (2).

3) A sententia Metropolitani in secunda instantia prolata, ex disciplina nunc vigente appellandum est immediate ad Sedem Apostolicam vel ad Sacras Cong. Romanas. Nam Primatis auctoritas iam exolevit, qua iudicabant in gradu appellationis in tertia instantia ab Episcopis, et secunda a Metropolitanis, si excipiatur privilegium Primatis Hungariae (3): nec non cessavit auctoritas Patriarcharum, qui appellationes a sententiis Exarchae vel Primatis recipiebant. In Ecclesia enim Orientali

(1) Cf. Decisionem S. Cong. Concil. in Comen. *26 Feb. 1707.* — Quoad auctoritatem Nuntiorum S. Sedis consulatur nuperrima epistola Card. Iacobini ad Nuntium Apost. Matriti *15 April. 1885*, apud *Acta S. Sedis, vol. XVII, p. 561.* Item in eodem Vol. *pag. 140*, cf. caus. *Legionen. 10 Maii 1884.*

(2) Nam in hisce causis proposito dubio: « An quando Episcopus procedit ad aliquem actum vigore decretorum Conc. Trid. quem etiam suo ordinario iure facere poterat de vetere iure, et in decretis datur facultas Ordinario *procedendi etiam tamquam Apostolicae Sedis* deleg., appellatio ab huiusmodi iudicio Ordinarii sit interponenda ad Metropolitanum et ibi in secunda instantia prosequenda vel potius sit necessario interponenda ad Sedem Apost., tamquam a sententia emanata a delegato Sedis Apostolicae? » Summus Pont. ex sententia S. Cong. declaravit « *non esse hoc casu necesse ad Apost. Sedem appellare* ». Quare responsio declaravit, Ordinarios tunc uti iure communi: siquidem ad Apost. Sedem *non est necesse appellare*; sed semper appellari *potest.*

(3) Cf. *Archivium iur. eccles. tom. 55, pag. 353 seq.*; et quoad privilegia et iura Metropolitica Patriarcharum Eccl. Orient. cf. *Collect. Lacen. II, p. 51, 300.*

qui Patriarchae nomine hodie condecorantur, gaudent tantummodo iuribus Metropoliticis.

4) A sententia autem Metropolitani lata in prima instantia, in qua processit ut iudex suae dioecesis ordinarius, de iure communi appellatur ad Sedem Apostolicam. Appellatio enim ad alium Metropolitanum, utputa ad viciniorem, esset provocatio ad idem gradu tribunal, et hoc *dispensative* tantum a Sancta Sede aliquando conceditur, prout factum est in statibus Americae Sept. foederatis, iuxta *Instr. S. C. De Prop. Fid. de Iud. Eccl. circa caus. mat.* § *26* (1).

5) Appellari vero non potest a Papa, cum in externo foro superiorem non recognoscat, neque a Concilio Generali legitime congregato. Contra appellantes vero a Papa ad futurum Universale Concilium lata est excommunicatio in const. Ap. Sed. n. 4 inter excom. sp. m. Papae reservatas: cf. const. *Pastor Aeternus* cap. III, concil. Vaticani.

6) Isti sunt gradus ex *ordinaria* potestate. Quoad *delegatam* iurisdictionem teneatur principium: a delegato ad delegantem appellari, et a subdelegato ad subdelegantem, nisi subdelegatus *integram demandaverit iurisdictionem, ex cap. 27,* § *Porro, De off. deleg. X* (I, 29); unde hoc munere se abdicaverit (2).

623. Specialis quaestio est, an ab Episcopi delegato appellari possit ad Vicarium Episcopi Generalem. Ratio dubitandi

(1) Eodem privilegio utuntur nonnullae provinciae eccles. veluti Polonia et Sicilia pro causis mat. et aliae plures.

(2) Zallinger *h. t.* § 429 refert quorumdam sententiam, eamdemque suam facere videtur, qua asseritur *a delegato appellandum esse ad superiorem delegantis.* Haec sententia nullum habet solidum fundamentum, et deducta est ex male intellecta l. 3 ff. *Quis a quo appellat.* Exinde enim evinci voluit, delegantem se abdicasse potestate iudicandi eamdem in alium transferens. Originem et causam erroris explicat Devoti *Lib. III, De appell. Tit. 15 (Inst. Can.)* § *1, not. 1.*

est, quia Episcopus delegans alteri certam causam, videtur eamdam voluisse subducere a potestate sui Vicarii. — Nihilominus uti probat Schmalz. *h. t. n, 54,* Pirhing *h. t. n. 95* Episcopi delegatio tantum efficit ut Vic. Gen. in *prima* instantia illam causam videre non debeat; at hoc non prohibet quominus in *secunda* instantia de ea causa iudicet. — Quare iure meritoque a delegato Episcopi ad huius Vic. Gen. appellatur, nisi expresse hoc prohibuerit Episcopus; siquidem unum et idem est Episc. et Vic. Gen. tribunal (1).

624. Singulare est in appellatione *extraiudiciali*, ut ille iudex sit competens, qui est immediate superior alii personae eccl. quae actum posuit extraiudicialem appellatione impetitum; unde quando a collatione beneficii ab Episcopo et capitulo simul et communiter facta appellatur, appellatio fit ad Episcopum, si is capitulo tantum interfuit, qua canonicus; fit ad Episcopi su-

(1) In propositum iuvat hanc referre decisionem S. Cong. Concil. in *Ostunen. 12 Iulii 1823. Ex folio* haec facti species. Brundusinae Metropolitanae Eccl. suffraganea est Ostunensis Eccl. episcopalis. Nuperis autem temporibus Archiep. Brundus. Ostunensis Eccl. est constitutus administrator Apost. perpetuus. Contigit a. 1822, ut canonicus cathed. Ostun. quia per septennium nullo munitus Apost. privilegio abfuit, sua praebenda privatus fuerit sententia Vic. Gen. Ostuni, a qua ipse illico ad Brundus. Archiep. provocavit. Silente canonico S. Cong. Conc. adiit praefatus Vicarius Gen. nomine Archiep. tamquam administratoris Ostunen., exposuitque se non modo unam esse in iure eamdemque personam cum Archiep. Brundus, sed etiam « *coll'autorizzazione e piena intelligenza* » (nempe *nutu et auctoritate*) Archiep. Brundus. pronunciasse, appellationem proinde *ab eodem ad eumdem* interpositam fuisse, quum reapse idem sit iudex *a quo* cum iudice *ad quem*. Hinc petiit a S. Cong. Concil. utrum Archiepiscopalis curia Brundus. cognoscere in gradu appellationis valeat causas ab Ostun. curia definitas; an potius omisso medio ad superiorem iudicem sit provocandum. Et S. Cong. ad dubium: « *An et ad quem deferenda sit appellatio in casu* », respondit: « *Affirmative ad Archiepiscopum in casu de quo agitur, attenta appellatione iam interposita, iuxta votum Secretarii* ». Cf. hoc votum quod in calce sessionis refertur.

periorem, si interfuit qua Praelatus, uti in hac ipsa facti specie iubet *cap. 11 De appell. in 6* (II,15) et cf. *c. c. 6 et 15 De concess. praeb. X* (III, 8).

625. Appellationis explicatâ naturâ, modo videamus, quinam sint eius effectus. — Quia intentio appellationis est a iudice superiore sententiae obtinere rescissionem aut emendationem, duo sequuntur appellationis effectus.

1) Alius est *suspensivus;* nimirum, *pendente appellatione*, suspenditur vis sententiae et iudicis competentia, adeo ut hic prolatam sententiam exequi non valeat, nec aliquid innovare in re litigiosa *contra ius appellantis.*

Inquam - *pendente appellatione* - quae pendentia exoritur statim ac pronunciata est sententia iudicialis definitiva, a qua potest appellari; tunc enim incipit decurrere tempus decendii statutum ad appellandum, quo decurrente, nihil est innovandum; pendentia vero prosequitur cum legitime interponitur appellatio. Cf. *c. 7 h. t. in 6*, hoc expresse decernens.

In appellatione vero extraiudiciali utpote quae est *provocatio ad causam* seu iudicii introductio, *effectus suspensivus* actus extraiudicialis incipit a momento quo causa apud superiorem introducitur. Et tunc iudex dat *inhibitionem*, ne aliquid innovetur, et si quae fuerint innovata, in pristinum statum revocare valet. Cf. cl. Santi *h. t. n. 3*, et Reiffenst. *h. t. n. 207*. Sed, pendente appellatione, iudex *a quo* appellatur uti sua potestate non valet aliquid *innovando contra ius appellantis*. Inquam - *contra ius appellantis* - nam nonnulla iudicis acta ad expediendam appellationem ordinata, veluti ad iudicem appellationis instruendum de merito causae, ad rem litigiosam sequestro ponendam, ne iacturam faciat, et alia id genus peracta ad ius appellantium custodiendum, sane non prohibentur sub lege attentatorum. Cf. Reiffenstuel *h. t. n. 220.*

Vi appellationis vero intelligitur suspendi iudicis compe-

tentia quoad causam appellatam; quare admisso (1) *cumulo actionum* per appellationem super uno causae titulo interpositam, non suspenditur iudicis potestas quoad alios.

Quaeritur quid iuris sit quoad causas incidentes. Iamvero si quaestio incidens necessario influat in sententiam definitivam, quaestioni principali supersedendum est; expresse hoc decernitur *cap. 10, h. t. X.* Si secus, nempe si quaestio principalis valet absolvi, etiam non definita quaestione incidenti, per se non suspenditur competentia iudicis quoad causam principalem. Tamen DD. communiter docent, praxim esse tribunalium, ut iudex etiam hoc in casu supersedeat quaestioni principali, ne *dividatur continentia causarum.* Cf. n. 344.

626. Quamobrem uti *lite pendente* nihil debet innovari, non secus *appellatione pendente* nihil innovandum est. Quae innovantur dicuntur *attentata*, de quibus iam disseruimus: cf. n. 560. Differentia inter attentata adversus *litem* pendentem et attentata in pendentem *appellationem* est, pendentiam appellationis directe iudicem iubere, ne aliquid innovet in causa appellationis, et hinc attentata in appellationem cum primis ponuntur a iudice. — E contra lite pendente prohibetur praecipue, ne litigantes aliquid mutent in re litigiosa.

Quocirca attentata, lite pendente, revocantur a iudice coram quo lis pendet, attentata vero contra ius appellantis revocantur ab ipso iudice appellationis; exceptis sententiis interlocutoriis. Nam vidimus agentes de quaestionibus incidentibus n. 543 iudicem posse revocare suas sententias interlocutorias, earumque gravamina et relativa attentata emendare. — Actio vero *rescissoria* attentati seu *declaratoria* nullitatis actus attentati instituenda est ab eo cuius interest; adeo ut *in civilibus* si iste querelam non moveat, videatur iuri suo renunciare,

(1) Iudicem vero a *quo* appellatur in una causa non fieri *suspectum* quoad aliam exploratissimi iuris est. Cf. Reiffenst. *h. t. n. 33 et 216 sq.*

et rata habere, quae vitio attentati laborant. An vero attentata fiant ipso iure nulla aut rescindenda ope exceptionis non constat apud canonistas: cf. Reiffenstuel *h. t. n. 255.* — At hoc quoad praxim parum refert, quia intentio excipientis est omnia restitui in pristinum statum, quaecumque attentatorum fuerit vis iuridica.

Huiusmodi vero querela institui potest quasi *exceptio praeiudicialis* definienda a iudice ante ipsam causam appellationis, aut uti *quaestio incidens* resolvenda in sententia appellationis definitiva.

At ex dictis patet, *remedia attentatorum* non esse specialem effectum appellationis, ut videtur censere Schmalzgr. *h. t. n. 108*, sed fluere ex *effectu suspensivo.*

627. 2) Alter effectus appellationis est *devolutivus.* Scilicet iudici ad quem appellatur devolvitur non tantum cognitio appellationis, nempe an *bene appellatum sit*, sed etiam meritum causae seu an *bene iudicatum sit.*

Appellatio a sententia definitiva ad iudicem superiorem devolvit cognitionem causae principalis cum omnibus suis accessoriis; et hoc exploratissimi iuris est; arg. *cap. 55, h. t. X.*

Appellatio vero ab interlocutoria devolvit causam quoque principalem ad iudicem appellationis, quando hic appellationem edicat esse legitimam, corrigendo sententiam appellatam aut revocando. Quod si huiusmodi appellatio respuatur, appellans remittendus est ad iudicem *a quo*, ut coram eodem causam prosequatur, exsolutis antea expensis iniustae appellationis; uti praecipit *cap. 59, h. t. X* (1).

At iudex a quo posset se abstinere, remittendo integrum negotium iudici superiori, quod hic tamen recipere non tenetur,

(1) Cf. Santi *h. t. n. 45* edicit huic praxi obtemperasse S. Rotam R. — Eidem doctrinae conformis est stylus S. Cong. Concil. — Cf. saepe cit. *Mediolanen. 7 Iulii 1883 Vol. XVI. Acta S. Sedis p. 328;* et aliam decisionem cf. in *Vol. XVIII p. 56.*

nisi adsit legitima causa suspicionis; cf. *cap. 5 De appell. in 6* (II, 15) et Reiff. *h. t. n. 234 seq.*

628. *Effectus suspensivus* non ita necessario sequitur appellationem, ut haec sine illo consistere non possit; quippe sententiae appellatae executio decerni potest sub ea lege ut ista revocetur, si contraria vel diversa edatur sententia a iudice appellationis. — Et hoc pluribus in casibus edictum fuit, praecipue quoad appellationem extraiudicialem uti videbimus. E contra effectus *devolutivus* disiungi non potest ab appellatione, utpote quae est *provocatio* ad iudicem superiorem qui, re non cognita, nil edicere valet. Quare, deficiente effectu devolutivo, habebitur aliquod aliud remedium, sed non *appellatio*.

§ 1. *De personis quibus appellare et de causis a quibus appellare non prohibetur.*

Summarium. — 629. Nisi prohibeatur expresse, omnibus et quacumque in causa appellare permissum est. — 630. Appellare etiam potest *tertius* iudiciali instantiae extraneus, nec non uterque litigans. — 631. Quibus in causis appellatio prohibeatur. — 632. In negotiis extraiudicialibus generatim permittitur appellatio, sed pluribus in causis tantum cum effectu *devolutivo*. — 633. Explicatur quaenam sint huiusmodi causae. — 634. At aliquando in his negotiis absolute prohibetur appellatio, et tantum patet recursus ad principem. — 635. Verum effectus *suspensivus* obtinetur in memoratis causis quando eaedem agitantur ordine iudiciali.

629. Appellare *generalim* permissum est quacumque in causa et omnibus qui gravamen quoddam sive in iudicio sive extra iudicium patiuntur, aut se ex actu iudiciali aut extraiudiciali passuros esse timent, quippe appellatio est species defensionis, usque cuicumque permissa, nisi expresse a iure prohibeatur; cf. *cap. 61, h. t. X.*

630. Quapropter:

1) illi quoque appellare possunt, qui iudicio extranei, damnum a lata sententia experiuntur, iuxta ea quae diximus de

iure interveniendi in causam, in quocumque eius stadio; etiam ad impugnandam sententiam. Nam lite nondum absoluta, quis intervenit ad impediendam sui iuris laesionem; lite vero iam per sententiam expedita, ipsa sententia impetitur, provocando ad iudicem superiorem: haec dicitur *tertii oppositio*. Quare recte fideiussor, si debitor victus deserat iudicium, appellationem promovet, itemque legatarius contra sententiam latam in heredem testamentarium; cf. *can. 30, caus. II, q. 6 et cap. 17, De sent. et re iud. X* (II, 27). Hoc iure utitur etiam matrimonii *Defensor* ex officio, vi const. « *Dei Miseratione* » impugnans sententiam latam inter coniuges, provocando ad iudicem superiorem; et in genere Procurator Fiscalis quamvis nec actoris nec rei partes egerit, sed tantum iudicio adfuerit ad tutandum bonum publicum (1).

2) Multo magis admittuntur qui nomine alieno agunt, nempe tutores, procuratores, nomine pupilli, mandantis, et administrator puta Episcopus in causis suae Ecclesiae: cf. *14, De procurat. X* (I, 38).

3) Et uterque litigans appellare potest, quia etiam victor ex sententia sibi favorabili aliquod gravamen persentire potest:

(1) In hoc propositum revocandum est principium de litis consortio *activo* aut *passivo* quoad effectum appellationis. Potest enim fieri ut inter plures litis consortes qui in prima instantia sententiam habuerunt adversam unus tantum appellet; et quaeritur, an haec appellatio omnibus prosit consortibus. — E contra evenire potest, ex pluribus litis consortibus qui sententiam favorabilem obtinuerunt, unum tantum provocari ad appellationem seu inscribi in libello appellationis; et quaeritur an nihilominus, sententia appellationis omnes teneat etiam non appellatos. — Iure can. non est dubia responsio *affirmativa* ad utramque quaestionem; siquidem ex iure rom. et can. effectus appellationis est *realis* quoad litis consortes, non *personalis*. - Ulpianus ait *l. 10 § 2 ff. De appell.* - « Sed cum adversus plures probatae essent rationes, quae eis nocerent, *sufficit eis una appellatio*; quia uno titulo comprobatarum rationum omnes conveniebantur ». Inde in *cap. 72 De appell. X* (II, 28) Greg. X decrevit: « Una sententia pluribus conde-

hoc confirmatur *cap. 7, h. t.* quod *caput* dum ius appellandi tum victo tum victori attribuit, determinat quid agendum sit in casu quo unus antea appellet ad iudicem immediate superiorem puta Archiepiscopum, et alius ad Papam. Edicit enim valere appellationem iam promotam et acta inde sequuta, si iudex inferior processit ignorans alterius ad Papam appellationem.

4) Imo aliquando adest obligatio appellandi a iure imposita ob gravitatem causarum; uti *Defensor* vinculi matrimonialis et professionis religiosae debet certis in casibus appellationem interponere. Tamen sunt casus exceptionis, quia *nemo nec agere nec appellare invitus in civilibus cogitur.*

631. Praeterea appellari potest omnibus in causis etiam minimis et levioribus, nisi expresse prohibeatur a iure. Decrevit enim Alex. III in *cap. 11, h. t. X:* « De appellationibus pro causis minimis interpositis, volumus te tenere, quod eis (pro quacumque levi causa fiant) non minus est quam si pro maioribus fierent, deferendum ». Dumtaxat appellatio non attenditur, si *frivola* sit et *frustratoria*, seu nulli sit rationi probabili innixa. (1).

632. Prohibetur vero appellatio, aliquando ratione *per-*

mnatis, *si unus solus ad appellationis beneficium convolaverit, illius victoria iure communi, ceteris suffragatur*, si communi iure iuventur idemque negotium et eadem causa defensionis existat ». De casu quo ex pluribus litis consortibus unus tantum ad appellationis iudicium provocetur, ita disserit Voet (*Ad Pandectas lib. XLIX art. 1 n. 18*) interpretatus nonnulla Ulpiani fragmenta, aiens « Si victus a pluribus eiusdem litis consortibus appellationem adversus unum eorum interposuerit, adversus omnes quoque provocasse intelligitur, si modo una omnium victorum causa ac defensio appareat ». At in hodiernis codicibus huiusmodi effectus appellationis *realis* quoad omnes litis consortes non plene recognoscitur, sed potius inductus fuit effectus *personalis*. Cf. Mattirolo, *Op. cit. Vol. IV n. 344 seq.*

(1) Cf. apud *Acta S. Sedis, vol. IV, p. 382*, decisionem S. C. C. 23 Ianuarii 1869.

sonae seu ob aliquod factum iudiciale aut extraiudiciale, aliquando ratione *ipsius causae.* — Ex primo capite repelluntur ab appellando

1) qui appellationi renunciarunt; in *civilibus* enim quisque iuri suo renunciare valet; arg. *cap. 20 De off. deleg. X* (I, 29). Secus in criminalibus, et in spiritualibus, veluti in causis matrimonialibus. — Etsi renunciationi accesserit iuramentum, sive renunciatum sit ante sententiam, sive post eius pronunciationem: idem iuris est, iuxta dicta n. 266, cf. Schmalzgrueber *h. t. n. 13.*

2) Prohibentur contumaces seu *vere* contumaces qui, contemptis tribus edictis aut uno peremptorio, passi sunt causam in eorum absentia definiri; ex decreto Clem. VIII, 16 Oct. 1600, § *14.* Inquam *vere contumaces*, nam non urget hoc decretum, si quis per errorem contumax habitus fuit;

3) In *c. c. 23 et 42, h. t.* si unus ex litigantibus non defert appellationi ab alio promotae, seu appellatione pendente aliquid innovat in re litigiosa, ille postea appellans, in *poenam* non auditur. Sed hodie huiusmodi *poena* facilius est relaxanda vel in aliam commutanda.

4) Prohibetur qui in eadem causa de eodem litis obiecto tres retulit conformes contrarias sententias, ex *cap. 39, 65, h. t. X*, *et Clem. 1, De sent. et re iud.* (II, 11). Nimirum qui praeter sententiam primae instantiae alias duas expertus est contrarias sententias, vel tres sententias in gradibus appellationis habuit adversas, hic ab appellando ulterius prohibetur.

633. Prohibetur appellatio ratione causarum,

1) in quaestionibus incidentibus, nisi earum sententiae vim definitivae habeant, aut gravamen afferant per definitivam irreparabile; ut iam exposuimus, ex decret. Conc. Trid. *sess. 13, cap. 1, et sess. 20, cap. 20 De ref.* (1). Hoc principium etiam

(1) Quoad causas appellationum iuvat prae oculis habere has responsiones seu declarationes S. Cong. Concilii datas *die 15 Maii 1700.* — « Episcopi et Metropolitani regni Sardiniae supplicem porrexerunt libel-

invocatur ad dirimendam quaestionem nempe utrum appellare permissum sit in causis possessoriis. Nam iure Decretalium certum est ex *c. c. 2 et 6, De caus. poss. et prop.* (II, 12), et *cap. 10 et 15 De rest. spoliat.* (II, 13) in istis appellationem ac in aliis semper permissam esse, dummodo appellandi ratio non esset frivola et frustratoria. Tridentinum Conc. vero restringens in decretis supra citatis, ius Decretalium quoad usum appellationis in causis incidentibus, causas possessorias incidenter agitatas, subiecit legi a se latae. Videlicet causae possessionis momentaneae, ex *l. un. C. « Si de momentanea possessione » etc.*, iuncto *can. « Ei qui appellat » caus. 2, q. 6,* incidenter agi-

lum infrascripta dubia continentem, SSmo D. N. adversus iudicem delegatum tanquam excedentem limites propriae iurisdictionis, et occupantem ea quae ad ipsos de iure spectant, eoque autem ad Sacram hanc Congr. remisso, EE. VV. respondere non dedignabuntur:

I. An quando Ordinarii ad evitanda scandala procedunt, non citata parte, nec adhibita causae cognitione in causis visitationis aut correctionis morum, possit iudex delegatus Apostolicus appellationem simpliciter admittere?

II. An ab interlocutoria vel alio quocumque gravamine, quod tamen potest reparari per sententiam definitivam, valeat appellationem admittere?

III. An quando appellatur a gravamine, quod per definitivam reparari nequit, ut carcerationis, torturae, aut excommunicationis, possit appellationem admittere aut inhibitionem vel aliam provisionem concedere, non visis actis ex quibus evidenter appareat de gravamine?

IV. An censuras eccl. in appellantem prolatas valeat relaxare aut nullas declarare, non auditis partibus nec cognita causa?

V. An valeat absolutiones ad cautelam concedere, non citata parte, non visis actis nec praestita cautione de stando iuri et parendo mandatis Ecclesiae?

VI. An ab executione decretorum S. Cong. Concilii Trid. valeat appellationem admittere?

VII. An valeat causas in curiis Ordinariorum vel aliorum iudicum inferiorum pendentes ad se avocare, vel illarum cursum impedire sub quo-

tatae appellationem non admittunt, dummodo non agatur de possessorio decreto magni momenti, quale est illud determinans possessorem seu *reum* relate ad iudicium, cuius praeiudicium in definitiva sententia sanari certe non potest. Quoad causas vero possessorias *principales*, seu non incidentes prohibetur tantummodo appellatio ex *can. cit.* si appellatio sit frivola et frustratoria.

2) Prohibetur appellatio in causis notoriis, cum remedium appellationis in istis cederet in detrimentum iustitiae; cf. *c. c. 5, 13, 14, 61, h. t. X.* Duplex notorietas habetur, nempe *facti,*

libet praetextu, praeterquam per viam legitimae appellationis, fuerint ad ipsius tribunal delatae?

VIII. An valeat apppellationem recipere nisi per publica documenta (quae realiter exhibeantur) priusquam constiterit appellationem a sententia definitiva vel habente vim definitivae, aut a gravamine quod per sententiam definitivam reparari non possit, in casibus a iure non prohibitis per legitimam personam et intra debita tempora fuisse interpositam ac prosecutam?

IX. An valeat inhibitionem concedere post receptam appellationem absque insertione tenoris sententiae aut decreti definitivi aut definitivi vim habentis, etiamsi appellans asserat culpâ iudicis a quo aut actuarii exemplum habere non posse, non iustificato impedimento, et an in casu possint inhibitiones impune sperni?

S. Cong. respondit die 15 Maii 1700:

Ad I. *Negative quoad effectum suspensivum.*

Ad II. *Negative.*

Ad III. *Negative* quoad cognitionem causae in gradu appellationis tantum; et *affirmative* quoad brevem supersessoriam.

Ad IV. *Negative.*

Ad V. Itidem *negative* praeterquam in casu absolutionis ad breve tempus et tunc cum obligatione de stando iuri et parendo mandatis Ecclesiae.

Ad VI. VII. VIII. IX. *Negative.* - Alias resolutiones eadem principia statuentes cf. ad *Concil. Trid. edit. Richter cit. pag. 71* et Bened. XIV, *De Syn. Dioec. Lib. XII, 8* ».

quando ea in iudicium allata nulla possunt tergiversatione celari, utputa si appellans *facta* antea confirmaverit per suam confessionem, omnibus adminiculis praeditam. Notorietas *iuris* est, in causis decisis secundum claros textus iuris, ita ut appellatio contra tales sententias potius contra ipsam legem videatur directa; ex *c. c. 26, 29, h. t. X, et Clem. 3, h. t.* (II, 11).

3) A sententia vero notorie invalida non datur appellatio, sed agi debet *querela nullitatis;* quod remedium inferius explicabimus.

4) Denique in genere non admittitur appellatio, quae aperte videatur frivola et frustratoria: ex *cap. 53, h. t.* X. Cf. Schmalz. *h. t. n. 29.*

5) A sententia iudicis delegati cui commissa est causa sub clausula - *appellatione remota* - non conceditur appellatio *ordinario*, sed patet *recursus ad principem.* Quare hunc casum explicabimus agentes de *recursu.*

634. Sed inquisitio magni momenti est, quibus in causis et quomodo admittatur appellatio *extraiudicialis.* Etiam quoad negotia *extraiudicialia* principium generale est, semper appellari posse, quando explicite non prohibeatur; sed ne hoc remedium traheretur ad fraudes, decretis praesertim Conc. Trid. non parum coarctatum fuit in suis effectibus. Quippe gravioribus in negotiis permittitur appellatio, sed cum effectu tantum *devolutivo*, prohibito effectu *suspensivo.*

635. Revera in *cap. 10, h. t. in 6*, statuitur admitti *effectum suspensivum,* nisi prohibeatur. Prohibetur vero

1) in appellationibus a censuris *iam inflictis;* ex *c. c. 53, h. t.* X *et 20, De sent. excom.* (V, 39). Dicitur *iam inflictis*, quia si solum comminatio facta sit, vel sub conditione fuerit lata censura, conditione non impleta, appellatio interposita impedit censurae comminatae aut conditione suspensae executionem; nam tunc appellatio suspendit competentiam iudicis, et hinc sententiae executionem: cf. Schmalzgr. *h. t. n. 109 seq.*

2) Prohibetur in *cap. 3, h. t. X* in causis correctionis et punitionis clericorum regularium.

3) Cum vero appellatio *in suspensivo* non prohiberetur iure Decretalium ex *cap. 20, h. t. X,* in causis quae ad correctionem et reformationem morum spectarent, quando etiam Episcopus in clericos animadverteret, Trid. Conc. in *sess. 24, cap. 10, De ref.* statuit: « Episcopi in omnibus iis quae ad visitationem et morum correctionem subditorum suorum spectant, ius et potestatem habent etiam tamquam Sedis Apostolicae delegati, ea ordinandi, moderandi, puniendi et exequendi iuxta canonum sanctiones, quae illis ex prudentia sua pro subditorum emendatione ac dioecesis suae utilitate necessaria videbuntur. Nec in his *(notentur verba)* ubi de visitatione et morum correctione agitur, exemptio aut ulla inhibitio, *appellatio* seu *querela* etiam in Sedem Ap. interposita, *executionem* eorum quae ab his mandata, decreta aut iudicata fuerint, quoquo modo impediat aut *suspendat* ». Huic consonat *sess. 13, c. 1, De ref. sess. 14, c. 4, De ref. et sess. 22, c. 1, De ref.* — Ergo in istis casibus appellatio non in *suspensivo*, sed in *devolutivo* tantum observatur. — Benedictus XIV authentice mentem Concilii Tridentini interpretatus est in const. « *Ad militantis* » in qua declarantur potiores casus in quibus appellatio in *suspensivo* interdicta est (1).

(1) Summa huius const. ita refertur a cl. Santi *h. t. n. 39:* « Huc facit constitutio Benedicti IV " *Ad militantis* " *diei 30 Martii 1742* in qua plures describuntur et declarantur casus in quibus appellatio in suspensivo prohibetur. Praecipui sunt:

« *a)* Appellatio ab applicatione decretorum, quorum executio a Tridentino commissa est Ordinariis locorum etiam uti Sedis Apostolicae delegatis, cum clausula " appellatione vel inhibitione quacumque remota ". Immo prohibetur appellatio in suspensivo ab executione quorumcumque decretorum aliorum Conc. Trident., Ordinariis locorum demandata ab eodem Concilio et a const. Pii IV " *Benedictus Deus* " Concilii confirmatoria. Scilicet quando Episcopus exequitur aliquod decretum Concilii Tridentini, appellatio ab ista executione non servatur in suspensivo.

636. At nonnullis in negotiis extraiudicialibus appellatio nullimode admittitur. Nempe:

1) ex sententiis latis ex informata conscientia vi decreti Tridentini in *sess. 14, c. 4 De ref.* quae prohibent a suscipiendis ordinibus vel a susceptis suspendunt, nullimode datur *appellatio*, sed tantum suppetit *recursus* ad Summum Pont..

2) In negotiis transactione aut per arbitros compromissarios definitis, nulla competit appellatio, uti suo loco explicatum est.

3) Item a iuramento litis *decisorio*, quippe transactionis naturam habet, appellatio non conceditur. Secus a iuramento *suppletorio*, quippe est tantum species probationis ordinatae ad sententiam definitivam; cf. Schmalz. *h. t. n. 33 sq.*

637. Quoad has causas vere in quibus denegatur *effectus suspensivus*, apprime sciendum est, hoc sequi quando proceditur *extraiudicialiter;* nam si in perlustranda dioecesi, vel etiam praeter occasionem s. visitationis, Ordinarius in causa correctionis aut reformationis morum adversus aliquem procedat, forma iudiciali servata, tunc appellatio conceditur etiam *cum effectu suspensivo;* ut testatur Fagnanus *in cap. 3 h. t. n. 15 sq.* et *cap. 13 De off. ord.* et postea confirmatum fuit in decretis Clem. VIII *a. 1600 16 Oct.*, nam sub *n. 8* legitur: « *Cum Visitator, citata parte et adhibita causae cognitione, iudicialiter procedit, tunc enim appellationi locus erit, etiam quoad*

« *b*) Non sustinetur in suspensivo appellatio a decretis Ordinariorum, etiam extra visitationem, circa cultum divinum, et praecipue circa Missae celebrationem.

« *c*) Non datur appellatio in suspensivo a decretis Ordinariorum circa curam animarum et Sacramentorum administrationem et alia parochialia munera, etiam quoad exemptos tam saeculares quam regulares.

« *d*) A deputatione vicariorum etiam perpetuorum cum adsignatione congruae, a deputatione vicariorum Ecclesiarum parochialium ob imperitiam vel suspensionem aut deiectionem parochi titularis, necnon a deputatione oeconomi curati tempore parochialis Ecclesiae vacantis.

« *e*) Non servatur in suspensivo appellatio a censuris, vel a seque-

effectum suspensivum ». Proinde patet clausulam « *appellatione remota* » *quoad ius commune*, praecipue ex Trid. C. applicari tantum negotiis quibusdam *extraiudicialibus* et quoad effectum *suspensivum* non *devolutivum* ». Inquam « quoad ius commune

stratione fructuum contra curam animarum habentes non residentes in loco beneficii proprii.

« *f*) A divisione parochiarum earumque erectione in titulum iuxta *cap. 13, sess. 24, De ref. in Trid.*; ubi parochiae non habent determinatos fines, et parochi sacramenta promiscue fidelibus petentibus ministrant.

« *g*) Non servatur in suspensivo appellatio a decretis Episcopi, quibus etiam uti Sedis Apostolicae delegatus cogit rectores Ecclesiarum parochialium ob populi numerositatem tot sibi sacerdotes adiungere, quot sufficiant ad sacramentorum administrationem; nec pariter a decretis quibus Episcopus ob grave incommodum populi ad sacramenta percipienda, ipsis etiam invitis rectoribus, novas parochias instituit, et novis parochis congruam portionem fructuum adsignat.

« *h*) A decretis quibus Episcopus, vocatis iis quorum interest, ex Ecclesiis collapsis, quae reparari nequeunt ob inopiam, transfert ad matrices aut ad alias Ecclesias beneficia simplicia etiam iuris patronatus cum omnibus emolumentis et oneribus; necnon a decretis quibus Episcopus adstringit patronos, rectores, beneficiatos aut parochianos ad restaurationem Ecclesiarum parochialium, servata tamen forma Trident. *c. 7, sess. 21, De reform.*

« *i*) A denegata promotione ad sacros ordines et a suspensione susceptorum ob crimen occultum, sive ex informata conscientia.

« *k*) A censuris aut aliis provisionibus contra concubinarios, et praesertim clericos etiam retinentes domi aut extra mulieres suspectas iuxta praescriptum S. Cong. *Trid. sess. 24, De reform. matrimon. cap. 8, et sess. 25, De ref. c. 14.*

« *l*) Non servatur effectus appellationis in suspensivo a decretis Ordinarii circa conversionem tertiae partis fructuum dignitatum, canonicatuum etc. in distributiones quotidianas, eorumque divisionem inter praesentes in Ecclesiis cathedralibus et collegiatis, in quibus nullae sunt huiusmodi quotidianae distributiones, vel sunt ita tenues ut verisimiliter negligantur iuxta Trident. Concil. *c. 3, sess. 21, et c. 3, sess. 22, De reform.*

in negotiis extraiudicialibus » nam haec clausula in rescriptis delegationis causarum iudiciali ordine a delegato definiendarum *ordinario* vim habet impediendi appellationem, salvo tantum *recursus* remedio (1).

« *m*) Ab executione piarum dispositionum, tam in ultima voluntate quam inter vivos. Trid. *c. 8*, *sess. 22*.

« *n*) A decretis Episcopi cogentibus clericos tum saeculares, tum regulares etiam monachos et exemptos ad processiones publicas, servata tamen forma const. S. Pii V " *Etsi mendicantium* " et circa praecedentiam in eisdem inter dictos clericos; necnon a decretis eiusdem super observantia censurarum etiam episcopalium et festorum dioecesis.

« *o*) Effectum suspensivum non parit appellatio a praefixione termini pro punitione regularis Episcopo non subiecti, degentis intra claustra monasterii, sed extra claustra notorie delinquentis facienda a superiore regulari, et pro notitia punitionis huiusmodi iam inflictae Episcopo danda.

« Tandem, aliquibus aliis casibus omissis, qui data occasione in eadem cit. constitutione " *Ad militantis* " possunt perlegi, non servatur in suspensivo appellatio a decretis episcopalibus circa clausuram monialium, ac punitionem delinquentium in eandem, et personas intra eandem degentes.

« Item a decretis episcopalibus circa examen pro approbatione vel reprobatione confessariorum earumdem tam ordinariorum quam extraordinariorum, et tam saecularium quam regularium quomodolibet exemptorum, etiam pro monialibus subiectis ipsis regularibus, nec non contra earumdem ministros in temporalibus et alios quoscumque officiales earum; quoad vero exemptos et regulares, servata forma constit. Gregor. XV " *Inscrutabili* " ».

(1) Iuvat referre celeberrima decreta saepius citata Clem. VIII *a. 1600*; sunt sequentis tenoris: « Ad tollendas ambiguitates et controversias iurisdictionales, quae inter appellationum et prioris instantiae iudices, non sine partium dispendio cursusque iustitiae impedimento, et saepe cum scandalo oriuntur, Sacra Congregatio, causis Episcoporum praeposita, facta prius relatione SS. D. N. Clementi Papae VIII ac de Sanctitatis Suae mandato, vivae vocis oraculo desuper habito, in hunc, qui sequitur modum ab omnibus ad quos spectat in posterum fieri, ac servari debere mandavit, et mandat. I. Metropolitani, Archiepiscopi, Primates aut Patriarchae in Suffraganeos eorumve subditos non iudicent, nisi in casibus a iure expressis. II. Item nec alii Superiores, etiam Nuntii, vel Legati de latere, specificam

§ 2. *De modo procedendi in causa appellationis.*

Summarium. — 638. *Fatalia* dicuntur ea tempora intra quae poni debent potiora acta appellationis. — De fatalibus ad appellationem inchoandam. — 639. Haec proponitur coram iudice *a quo*. — 640. De forma propositionis. — 641. Rationes appellationis necessario exprimi debent tantum in libello appellationis ab *interlocutoria sententia*. — 642. Apostoli sunt litterae quibus iudex *a quo* iudici *ad quem* aperit suam mentem circa causam appellationis. — 643. Apostoli *conventionales* sunt ipsae deductiones aut animadversiones partis appellatae, quae consentit in appellationem eamque ultro excipit. — 644. Fatalia ad *apostolos* obtinendos. — 645. De actis causae transmittendis ad iudicem appellationis. — 646. De fatalibus ad prosequendam appellationem. — 647. Quomodo *fiat litis appellatae contestatio*. — 648. De fatalibus ad finiendam appellationem. — 649. An et quomodo lapsis fatalibus locus sit appellationi, aut alii remedio extraordinario. — 650. In appellatione a sent. definitiva novae deductiones afferri possunt; minime in appellatione ab interlocutoria. — 651. De definitione instantiae appellationis.

638. Ne appellationis praetextu, causae definitio in infinitum protraheretur, sedulo determinari debuerunt temporis limites intra quos appellationis instantia expediretur: haec statuta tempora dicuntur *fatalia*.

facultatem maiorem non habentes, causas in curiis Ordinariorum, vel aliorum inferiorum iudicum pendentes, ad se advocent, nisi per viam legitimae appellationis ad ipsorum tribunalia deferantur, tuncque appellantes ab inferioribus iurisdictionibus, quoad alias causas eximere non possunt. III. Appellationes numquam recipiantur, nisi per publica documenta, quae realiter exhibeantur, prius constiterit appellationem a sententia definitiva vel habente vim definitivae, aut a gravamine, quod per definitivam sententiam reparari non possit, in casibus a iure non prohibitis, per legitimam personam et intra debita tempora fuisse interpositam ac prosequutam. IV. Nec, dum causa coram inferioribus iudicibus pendet, ante definitivam sententiam, vel vim definitivae habentem, de gravamine illato Superiores cognoscere valeant, licet citra praeiudicium cursus causarum, se id facere

Tempus ad proponendam appellationem iudicialem et extraiudicialem est decem dierum, computandum a recitatione sententiae, vel ab eius notitia; quare quoad initium est tempus *utile* quod ignoranti non currit; at in suo decursu est *continuum* et *peremptorium* etiam dies feriatos comprehendens, quod a iudice neque contrahi neque prorogari potest: cf.

contestentur, nec ad hunc effectum liceat eis inhibere aut simpliciter mandare, ut ipsis copia processus transmittatur, etiam expensis appellantis. V. Inhibitiones post appellationem, sicut praemittitur, receptam, non concedantur, nisi cum inscriptione tenoris sententiae, aut decreti definitivi aut vim definitivae habentis, vel damnum per definitivam irreparabile continentis, alias inhibitiones et processus, et inde sequuta quaecumque sint ipso iure nulla, eisque impune non parere liceat. VI. Si appellans asserat, sententiae aut appellationis exemplum culpa *iudicis a quo* vel *actuarii* habere non posse, non ideo recipienda erit appellatio, aut aliqua inhibitio concedenda, sed eis tantum ad quos pertinet iniungi poterit, ut, soluta condigna mercede actorum, exemplum authenticum appellanti intra brevem aliquem competentem terminum tradatur. Caveat tamen iudex *a quo*, ne si vere appellatum fuerit in causa appellabili, interim aliquid in praeiudicium appellantis attentet, et si per actum publicum aut per testium depositiones constiterit, acta denegari appellanti, tunc mandato tradendi acta possit iudex appellationis adiicere, ne interim aliquid novi contra appellantem attentetur. VII. Ab exequutione decretorum Sacri Concilii Tridentini, aut Visitationis Apostolicae appellationes a Metropolitanis non recipiantur, nec si Episcopi virtute eiusdem Sacri Concilii procedunt, uti Sedis Apostolicae delegati in causis, quae sub eorum iurisdictione ordinaria non comprehenduntur, salva tamen in hoc casu Legatorum et Nuntiorum Apostolicorum auctoritate. VIII. In causis vero Visitationis Ordinariorum, aut correctionis morum, quoad effectum devolutivum tantum admittantur, nisi de gravamine per definitivam irreparabili agatur, vel cum Visitator, citata parte et adhibita causae cognitione, iudicialiter procedit; tunc enim appellationi locus erit, etiam quoad effectum suspensivum. IX. Cum a gravamine, quod per definitivam reparari nequit, ut indebitae carcerationis, vel torturae, vel excommunicationis, etiam comminatae, appellatur, non nisi visis actis, ex quibus evidenter appareat de gravamine, appellatio admittatur, aut inhibitio vel provisio aliqua conce-

c. c. 15 De sent. et re iud. X (II, 27), *8 h. t. in 6* et *Clem. 3 h. t.* In negotiis *extraiudicialibus* computantur decem dies a notitia gravaminis, *ex cap. 8 h. t. in 6.*

639. Quia appellatio naturâ suâ suspendit competentiam iudicis qui sententiam edidit, seu iudicis *a quo* vult appellari,

datur. X. Causa appellationis pendente, appellans in eodem, quo reperitur carcere permanebit, quoad iudex, ad quem appellatum est, visis actis et causa cognita, aliter decreverit: et tunc si a iudicis *ad quem* decreto vim definitivae habente fuerit appellatum, nihil mandare, aut pro sui decreti exequutione attentare poterit, donec per iudicem superiorem aliud fuerit ordinatum. XI. Acta originalia processus primae instantiae ad iudicem appellationis notarius mittere non cogatur, nisi probabilis aliqua falsitatis causa et suspicio incidat, quae iudicialiter obiiciatur et tunc, terminata causa, remittenda sunt ad Ordinarium, ut in suo archivio conserventur. XII. Censura ecclesiastica in appellantem prolata, relaxari aut nulla declarari per iudicem appellationis non possit, nisi auditis partibus et causa cognita; tuncque si constiterit eam iustam esse, ad iudicem qui excommunicavit appellans remittendus est, ut ab ipso iuxta sacros canones beneficium absolutionis, si humiliter petierit, debitamque emendationem praestiterit, obtineat; si vero iniustam esse clare apparet, superior absolutionem impendat; si dubitetur, honestius est ut ad excommunicatorem intra brevem aliquem competentem terminum eidem praefigendum absolvendus remittatur, licet etiam superior hoc casu idipsum per se praestare iure possit. XIII. Absolutio ad cautelam, non nisi parte citata et visis actis, cum dubitatur de nullitate excommunicationis ab homine prolatae, vel a iure, si occurrat dubium facti, vel prababile dubium iuris, concedenda erit: tuncque ad breve tempus cum reincidentia, et praestita per excommunicatum cautione de stando iuri, et parendo mandatis Ecclesiae tantum; et si iuxta formam a iure praescriptam, apparebit, quem ob manifestam offensam excommunicatum fuisse, debitam etiam satisfactionem praestare, et si ob contumaciam manifestam, expensis pariter satisfacere, et cavere de iudicio sisti coram excommunicatore is tenebitur, priusquam ad cautelam absolvatur. XIV. A sententia etiam definitiva contra verum contumacem prolata, appellatio non recipiatur, nec inhibitio aut alia quaevis provisio, quamdiu appellans in huiusmodi vera contumacia persistiterit, concedatur ».

appellatio *coram eo* interponenda est. Si hic iudex aliqua de causa adiri non possit, statim adeundus est iudex *ad quem* appellatio dirigenda est: quod si sit difficile aut dispendiosum, emittatur huius voluntatis protestatio coram viris honestis, qui postea de voluntate appellandi testentur; cf. *c. c. 52, 59, 72, 73 h. t. X,* et *4 De elect. X* (I, 6) et *Clem. 1 t. h.* (1).

640. Iure Decretalium forma legitima interponendae appellationis duplex erat; vel enim « *stante pede et viva voce* » incontinenti post prolatam sententiam interponebatur et inserebatur a notario actis iudicialibus, et hoc sufficiebat; vel *ex intervallo* seu post editam sententiam *intra 10 dies* fiebat, et tunc proponi debebat per libellum appellatorium rite conscriptum; cf. *c. c. 11 De prob. X et 34, 59 h. t. X.* Hodie praxis est, ut semper in scriptis proferatur; cf. Cl. Santi *h. t. n. 18.*

641. In libello appellationis ab interlocutoria inseri debet causa appellationis; quia iudex, ut suo loco diximus, sententiam interlocutoriam revocare aut corrigere potest; e contra in appellatione a definitiva non requiritur expressa mentio causae ob quam appellatur, cum iudex *a quo* de hac sententia valida amplius videre non possit; cf. *c. c. 61 h. t. X et 1 h. t. in 6.* Nihilominus proponenda est appellatio apud iudicem qui sententiam protulit, eo consilio ut ipse, perpensa controversiae appellatae natura, significet superiori iudici, an iusta et legitima sibi videatur appellatio, exprimens in litteris suas animadversiones. At iudex *a quo* appellationem respuere non potest, nisi in casibus a iure expressis.

642. Hac de causa in processu appellationis introducti sunt *apostoli* seu litterae, quas iudex *a quo* dat iudici *ad quem,* ut eum certiorem reddat de appellatione interposita et de eius

(1) Hoc caput docet, a sententia tribunalis collegialis esse appellandum apud omnes iudices, saltem apud maiorem partem. Sed si appelletur apud unum tantum, hic saltem testis erit interpositae appellationis. — Ponitur enim casus appellationis *viva voce* factae.

merito. Apostoli dicti sunt ab αποστέλλω, *dimitto;* et hoc nomine donati fuerunt, ab effectu cui diriguntur, ex scopo autem immediato *adiectiva* nomina sortiuntur.

Nempe dicuntur *apostoli dimissorii* quando, accepto appellationis libello, iudex per litteras appellantem dimittit ad iudicem appellationis, explicato obiecto et ratione appellationis.

Dicuntur *reverentiales* si litterae ad iudicem appellationis datae, testentur appellationem admissam fuisse ob reverentiam iudicis superioris, non ob intrinseca motiva quaestionis. — Quia vero iudex *a quo,* si frivolam et frustratoriam recognoscat appellationem, refutare eamdem debet, in isto casu *apostoli* dicuntur *refutatorii.*

Quando appellatio excluditur *a iure ipso,* uti in casibus expressis in *c. c. 5, 7, 15 h. t. X* iudex *a quo* respuens appellationem applicat *iuris* prohibitionem; in ceteris appellatio recipienda vel respuenda est decreto iudicis superioris. Tamen perutile est ut iudex inferior, qui causam iam agitavit, suam aperiat mentem superiori in dimittendo appellante.

643. Praeterea cum *apostolorum* sit scopus iudicem superiorem certiorandi de statu causae, admissi sunt etiam *apostoli conventionales* dati a parte adversa, quando haec approbat appellationem, et in eam ultro consentit ex *cap. 44 h. t.* X. Isti tamen ab ipsa parte conventa seu appellata in scriptis exarantur, si iudex hoc facere renuat. Dicti sunt *apostoli* ob similitudinem cum aliis literis, quibus iudex dimittit appellantem; sed revera sunt ulteriores allegationes datae a parte conventa seu appellata, ut sententia iam pronunciata confirmetur vel in melius reformetur.

644. Ad *apostolos* petendos, iure Decretalium, tempus est *triginta dierum* ab interposita appellatione; iudex tamen potest etiam brevius non longius tempus statuere; cf. Schmalzgr. *h. t. n.* 77, quo tempore inutiliter elapso, appellatio censetur deserta, ex *cap. 6 h. t. in 6* (II, 15). Nec intelliguntur sufficienter

expetiti *apostoli* ob interpositam appellationem, sed postulatio expressa fieri debet, et *uno contextu* appellatio interponi et *apostoli* peti possunt, adeo tamen *ut « instanter et saepius postulentur »* ita in *Clem. 2 h. t.* — In hac constitutione Clem. V iam simpliciorem reddit illorum postulationem; antea enim triplici vice postulandi erant, *instanter*, *instantius*, *instantissime*. Processu temporis quidquid solemnitatis inhaerebat, sensim exolevit; servata rei substantia, nomine potius mutato et forma, mos retinetur apud curias et ipsas Congr. Roman. exigendi a iudice *a quo* appellatur opportunas notitias, sive ad instantiam partium, sive ex officio: ita testatur etiam Devoti, *Ius Can. Lib. III, Tit. 15,* § *11.* Quare simplex libellus appellationis sufficit pro eadem interponenda. — Nihilominus iudex debet respondere intentioni iuris Decretalium, suppeditans iudici superiori congruam notitiam de merito appellationis. Hac de causa etiam hodie in S. Cong. Concilii huiusmodi litterae commendatitiae usque expostulantur, et *apostoli* nonnunquam nuncupari solent.

645. Praeterea iure quo utimur ex relatis decretis Clem. VIII « Ad tollendas » §§ *9, 11*, conceptis iuxta mentem Conc. Trid. *sess. 13, cap. 3 De ref. et sess. 24, cap. 20 De ref.* a tribunali inferiori transmittenda sunt seu *transportanda*, ut loquuntur pragmatici, acta instantiae iudicialis, vel originalia vel exemplaria pro opportunitate, ad iudicem apud quem agitanda est appellationis causa. Iamvero in *sess. 13, c. 3* sermo est de causis criminalibus, quare praescribitur ut reo appellanti « intra triginta dies acta ipsa postulanti *gratis* exhibeat » iudex a quo appellatum fuerit. Nimirum in huiusmodi causis, ne reus impar expensis ferendis ad acta vel in exemplaria excribenda vel ad eadem transmittenda, praepediatur a legitima appellationis defensione, praecipitur quod acta *gratis* exhibeantur. Ex adverso in *sess. 24, c. 20*, regula statuitur generalis, praecipue quoad negotia non proprie criminalia, expensas nempe transmissionis actorum inferioris instantiae ferendas esse a producente: en

decreti verba « Praeterea si quis in casibus a iure permissis appellaverit, aut de aliquo gravamine conquestus fuerit, seu alias ob lapsum biennii de quo supra ad alium iudicem recurrerit, teneatur acta omnia coram Episcopo gesta ad iudicem appellationis expensis suis transferre; *eodem tamen Episcopo prius admonito, ut si quid ei pro causae instructione videbitur, possit iudici appellationis significare* ».

Interim advertatur quod haec postrema verba exprimunt, quacumque posthabita solemnitate, praeceptum expostulandi *apostolos*, et hoc iure utimur.

Dein ita prosequitur: « Quod si appellatus compareat, cogatur tunc is quoque actorum quae translata sunt expensas pro portione sua, si illis uti voluerit, subire, nisi aliter ex loci consuetudine servetur, ut scilicet ad appellantem integrum hoc onus pertineat. Porro ipsam actorum copiam teneatur notarius, congrua mercede accepta, appellanti quanto citius et ad minus intra mensem exhibere. Qui notarius si in differenda exhibitione fraudem fecerit, ab officii administratione arbitrio Ordinarii suspendatur, et ad dupli poenam, quanti ea lis fuerit, inter appellantem et pauperes loci distribuendam compellatur. Iudex vero, si et ipse impedimenti huius conscius particepsve fuerit, aliterve obstiterit ne appellanti integra acta intra tempus traderentur, ad eamdem dupli poenam, prout supra, teneatur.... » Quae hactenus tradidimus respiciunt appellationem *inchoandam*.

646. Ad eamdem *prosequendam* appellans debet *iudicem ad quem* appellat adire intra tempus ei statutum *a iudice a quo;* secus deserta habetur appellatio, ex *cap. 3, h. t.* X et *Clem. 4, h. t.* (II, 12). Iudici porriget litteras seu *apostolos* ab inferiore iudice exceptos, nec non acta causae, addendo ea quae nata sunt probare gravamen a quo appellat.

Tunc iudex appellationis admittens instantiam, statuet legitimam dilationem ad ulteriora deducenda iura, et de instaurata appellatione et dilatione probatoria concessa certiorem reddet

appellatum; quod nuncium citationis loco est, iuxta Clementis V decretum *in cap. 1, h. t. inter Clem.*, scilicet: « *Est autem appellato ignoranti, appellationis nec non delationis eorum* (nempe *apostolorum*) *et termini praefixionis, si subsecutae fuerint, intimatio legitime facienda* ». At Clem. V praecepit tantum ut appellationis eiusdem notitia communicetur, quia appellatus non tenetur comparere in secunda instantia, nisi expresse *legitima de causa* a iudice citetur. Iudex enim eccl. ex officio citare potest appellatum, si ab eo aliquid rescire velit, vel ab eodem aliquid praestari debeat pro congrua definitione iudicii appellationis. Hac de causa Tridentinum Con. in *cit. decret.* iubet, appellantem debere *suis expensis* transferre omnia acta *instantiae* ad iudicem appellationis; et has tantummodo *pro sua parte* ferre debere appellatum si compareat, nisi aliud ferat consuetudo loci. Cf. Reiff. *h. t. n. 244 sq.*

647. Tali ratione introducta appellationis instantia, sive a solo appellante, sive concurrente etiam appellato, per alterutrius aut utriusque petitionem determinatur obiectum controversiae, seu habetur aequipollens litis determinatio, scilicet *contestatio.* Verum solemnitas actus contestationis non requiritur; sed actus aequivalens pene necessarius est, quia appellari potest tantum ab aliquo articulo controversae sententiae, et uterque litigans ab aliqua sententiae parte appellare valet. Quare appellationis instantia in suo obiecto iudici probe perspecta esse debet.

648. Tempus ad *prosequendam* et *finiendam* appellationem ex *cap. 5, 8, h. t., X* et *Clem. 3, h. t. est unius anni* ab interposita appellatione, vel ab *illato* gravamine seu a tempore quo accidit gravamen iam denunciatum uti eventurum, quando a *futuro appelletur*. Sed ex iusta causa conceditur etiam *biennium.* Imo quia hoc tempus non currit impedito, demonstrato impedimento vel coram iudice *a quo* vel *ad quem*, protrahitur pro quantitate impedimenti. Cf. Bouix, *De iud. II, p. 283.* — At notentur verba *Clem. 3 cit.*, decernitur enim « Sicut ap-

pellationem iudicialem, sic et extraiudicialem intra annum a die interpositionis ipsius vel a die illati gravaminis, ubi a futuro gravamine appellatur, prosequi et finire tenetur appellans ». Ibi Pontifex alloquitur ipsum appellantem, non iudicem, quia *in civilibus* iudex procedit ad instantiam partium. At si iudex negligat obtemperare legitimae appellantis instantiae, oscitatio iudicis est una ex causis perpendendis in prorogando termino fatali. Sed si intra tempus statutum appellans iudicium non finierit - *debebit eius appellatio deserta haberi* -.

649. In genere, fatalia appellationis sive *a lege* sive *ab homine* nempe *a iudice* praecepta, ordinata sunt ut si appellationis actibus non satisfiat intra statutum tempus, appellatio censeatur deserta, et sententia pertranseat *in rem iudicatam*. At *in civilibus* partes ad suam instantiam obtinere possunt, ut huiusmodi termini prorogentur aut coarctentur. Ubi vero agitur *de bono publico*, iudex ex officio de iisdem decernere debet: haec expresse iubentur in *Clem. 4, h. t.* —

At lapsus fatalium non eumdem habet effectum in appellatione iudiciali et extraiudiciali. Et hoc sedulo adverti debet. Nam, lapsis fatalibus, sententia appellata pertransit *in rem iudicatam*. In extraiudicialibus non habetur sententia iudicialis, hinc neque *res iudicata* haberi potest. — Quare lapsis fatalibus, deficit medium appellationis; sed alia media non desunt, quibus per actionem aut exceptionem impeti aliunde valet actus extraiudicialis. Haec enim media sunt efficacia, quia non retunduntur per exceptionem peremptoriam *rei iudicatae*. Id evincitur ex *cap. 84, h. t. in 6,* ubi Glossa scite haec notat: « Si Episcopus conferat Titio beneficium quod habet Caius, Caius vel potest statim ab habita notitia huius collationis appellare, vel potest expectare donec vocetur ut possessionem restituat, et excipere contra factum collationis. Haec autem exceptio excludi non potest, licet decem dies lapsi iam fuerint a notitia illati gravaminis. Ratio conclusionis est, quia negotium

extraiudiciale cum non exhibeat sententiam, non transit in rem iudicatam ». Cf. Reiffenst. *h. t. n. 184.*

Quare actus extraiudicialis impugnatur per appellationem aut per alia media ordinaria aut extraordinaria iuris; actus vero iudicialis aut impetitur appellatione, aut medio extraordinario, nempe restitutione in integrum, querela nullitatis, recursu seu supplicatione ad principem porrecta.

Ille iudex autem est competens ad decernenda lapsa fatalia, qui eadem iussit observari, sive sint fatalia *a lege*, sive *ab homine*. Quando vero iudex *ad quem* manus iam apposuit negotio appellationis, ipse potior est in huiusmodi fatalibus iudicandis. Cf. Reiff. *h. t. n. 195.*

650. Denique inquirendum est, quomodo iudex appellationis de merito causae videre possit, seu utrum se referre debeat tantum ad acta prioris iudicii, vel nova argumenta, scilicet novam causae instructionem sibi comparare possit. — Quaestio haec determinanda est a iure positivo cuiusque civitatis. Re quidem vera habemus hodiernos codices process. civ. non omnino concordantes, alios admittentes tantummodo examen actorum et allegatorum in prima instantia; alios permittentes causam novis probationibus instrui. Cf. Mattirolo, *Op. cit. Vol. IV, n. 749 sq.* Ius canonicum sapientissime mediam incessit viam, distinguens appellationem ab interlocutoria, ab appellatione a definitiva. In primo casu nullas permittit novas probationes, sed tantum examen iam allatarum; et hoc est opportunum in interlocutoriis, ad fraudes praecavendas et lites celerius expediendas: in altero casu vero permittit novas probationes: ita Clem. V *in Clem. 5, h. t.* Nihilominus advertatur,

1) non posse admitti in appellatione a definitiva novas causas petendi seu novas actiones, nec per modum utilis cumulationis; secus enim iudex appellationis praetergrederetur limites suae competentiae, decernens de actione antea in prima instantia agitanda a iudice inferiore. Cf. *l. 1, ff. Eum, qui appellaverit;*

2) admissa nova instructione, aliam partem citandam esse. Quae instructio in gradu appellationis quamvis latissime pateat, iuxta vulgatum iuristarum effatum « non deducta deducam, non probata probabo » tamen respui debent novae testium productiones super iisdem articulis vel directe contrariis; nam contrariorum eadem est ratio, et expresse hoc iubet *Clem. V cit. De testibus* (II, 8) « cum non minus in appellationibus quam in principali causa subornatio sit timenda ».

3) quoad ritum processus, causa in secunda instantia est summarie tractanda, si summario processu in prima instantia instaurata fuit. Rem ita explicat Pellegrini, *Op. cit. Part. II Sect. 1, Subsect. 1; Inters. unica n. 29:* « Quaeritur tertio, an causa semel summaria effecta, semper sit summaria? Respondetur affirmative ita ut si effecta sit summaria in prima instantia, fit etiam talis in secunda instantia et in sequentibus Rot. in *Ferrarien. Bonorum de Fewaleis 26 Iunii 1613 coram D. N. Innocentio X.* Aegid. *decis. 41.* Papazon. *ad d. dec. Rot. decis. 2, n. 17, de rescript. in nov.* - Mandos. *in forma 3, commiss. d. verb. summarie - vers. advertendum* .... Quod procedit in causis commissariis, etiam in subrogato a iudice commissario cum tali clausula *summarie etc.* Aegid. *decis. 40 et 41 per tot.* » Cf. *Inst. EE. et RR. 1880, 11 Iun. art. 42.*

651. Definitio autem *secundae* instantiae non secus ac *primae* fit per sententiam iudicis appellationis, aut per alios modos quibus finiuntur ceterae instantiae iudiciales.

CAPUT II.

DE QUERELA NULLITATIS SENTENTIAE ALIISQUE REMEDIIS AD SENTENTIAM IMPUGNANDAM EXTRAORDINARIIS.

Summarium. — 652. *Querela nullitatis est remedium* extraordinarium, quia supponit sententiam nullam esse. Hinc suapte natura proponenda apud ipsum iudicem qui sententiam tulit. — 653. Quaeritur an haec querela proponi possit apud iudicem superiorem. Et iure can. receptum est ut cumuletur cum ipso remedio appellationis, et ita pertrahatur ad iudicem superiorem. — 654. An querela nullitatis moveri debeat *intra decendium.* — 655. Quomodo *beneficium novae* audientiae differat ab appellatione. — 656. *Recursus* aliquando assumitur pro ipsa appellatione extraiudiciali non habente effectum *suspensivum.* — 657. *Recursus* assumitur pro ipso remedio *extraordinario restitutionis in integrum.* — 658. Demum *recursus* significat supplicationem, qua superioris gratia imploratur. — 659. Huiusmodi remedia extraordinaria semper differunt ab appellatione quippe non habent effectum *suspensivum*; et ne *devolutivum* quidem aliquoties.

652. Praeter appellationis ordinarium remedium ad sententiam impugnandam, praesto sunt etiam remedia extraordinaria, quibus sententiae revocantur aut rescinduntur. Cum primis recensenda est *querela nullitatis* qua quis contendit, sententiam prolatam nullam esse, quippe vitio substantiali laborantem. Quare ab appellatione differt *querela nullitatis,*

1) quia haec locum habet quando sententia est nullius valoris, illa quando est valida, sed iuri minus conformis, siquidem appellatione petitur, ut sententia infirmetur vel corrigatur.

2) Deinde appellatio proponitur apud iudicem superiorem, querela e contra apud ipsum iudicem, qui sententiam protulit ut declaret, eamdem non valere. Hoc pronunciat iudex *ordinarius*, quia quamvis iudex per sententiae pronunciationem suo officio functus sit, nec possit amplius rea-

gere in suam sententiam; hoc tamen obtinet, quando sententia est valida. Si enim nulla est sententia, quod *nullum* est *nullum* producit *effectum*, et paria sunt *non esse* et esse *nullum*, iuxta effata iuristarum; quamobrem iudex, prioris sententiae declarata nullitate, tunc *primo* pronunciat per aliam validam sententiam. Inquam - iudex *ordinarius* - nam iudex *delegatus* ad peculiarem causam, edita sententia sive valida sive invalida, iurisdictionem omnem amittit, unde nec suae sententiae potest declarare valorem. Cf. Reiff. *De appel. n. 28*, et Schmalzgr. *De sententia et re iud. n. 78, 79.*

653. Verum ulterius quaerendum est, an *querela nullitatis* proponi possit etiam apud iudicem superiorem. Et communis DD. sententia hoc fieri posse probat. Huius canonicae praescriptionis ratio ita perpendenda est.

Iure romano de speciali remedio querelae nullitatis mentio non habetur; sed in genere principium enunciatur, non opus esse appellatione contra sententiam aperte seu evidenter nullam; ita *l. 12 et 19 ff. De appell. et tit. 9, ff. Quae sententiae sine appellatione rescindantur*. Et ratio est, quia in notoriis nulla necessaria est probatio aut defensio; quocirca, quin obstaret edita sententia, iterum apud eumdem iudicem expostulabatur controversiae definitio; quod si adversarius prioris sententiae postulabat executionem, statim succurrebat convento *exceptio nullitatis*.

Verum praxis fori ecclesiastici eo imbuta principio: « *Iurgantium controversias celeri sententia terminare et aequitati convenit et rigori* » *cap. 2, De sent. et re iud. X*, adhibere coepit *querelam nullitatis* pro casibus quibus probari contigeret sententiam nullam esse, etsi hoc non esset notorium. Ita factum est, ut minoribus expensis et breviori tempore idem iudex qui sententiam dedit, probata editae sententiae nullitate, aliam pronunciaret secundum iustitiam. Sed nemo non videt, querelam nullitatis adhibitam etiam quoad actus dubie nullos, differre ab appellatione

ipsa, quia haec obtinere intendit, vel ut sententia nulla declaretur, vel ut corrigatur, vel ut infirmetur, dum querela agit tantum de nulla declaranda sententia. Quamobrem iure positivo can. effectum est, ut huiusmodi querela ad obtinendam declarationem nullitatis proponi possit apud eumdem iudicem qui sententiam tulit.

Verum magis utile est, unam intentionem ab alia non disiungere, ut nempe cumulatim expetatur vel declaratio nullitatis, vel sententiae validae correctio, vel infirmatio. At hoc obtineri non potest nisi apud iudicem superiorem, quippe tunc proprie agitur de appellatione; proinde hodie praxis est, ut exceptis casibus notoriae nullitatis, quae nulla possit tergiversatione negari, cuiusque declaratio facilius obtineri possit apud ipsum iudicem qui sententiam protulit, in ceteris recurratur ad iudicem superiorem, facta cumulatione remedii querelae nullitatis proprie dictae et appellationis, prout explicavimus. Cf. Bouix, *Op. cit. II, p. 410.*

654. Subinde quaeritur, an *querela* debeat proponi inter decendium. — Schmalz. cum communi *De sent. et re iud. n. 64,* docet sententiam nullam ob non oppositam appellationem non confirmari, ac proinde contra hanc posse *excipi* in perpetuum, quia exceptiones sunt perpetuae (1); posse vero *agi* intra 30 annos, quo tempore durant actiones. At melius Reiffenstuel, *De sent. et re iud. n. 136* hac utitur distinctione. Nullitas semper opponi potest, si nullitas a partibus sanari non possit. Ast si nullitas valet sanari a partibus, verius est querelam interponendam esse *inter decendium,* secus partes censentur consensisse in sententiam eamque sanasse: ita videtur innuere Clem. V in *Clem. I, De sent. et re iud.* (II, 10). Non secus postea statuerunt codices uti *cod. cit. Greg. XVI, a. a. 778, 977.* Verum iuxta

(1) Revocetur principium: *Quae temporanea sunt ad agendum perpetua fiunt ad excipiendum.*

explicata, quando querela cumuletur cum ipsa appellatione, tunc certe promovenda est *intra decendium;* quia fit potius appellatio, quam simplex querela nullitatis.

655. *Beneficium novae audientiae* differt ab appellatione, quia haec fit ad superiorem iudicem, illud admittitur et impletur apud eumdem iudicem qui sententiam pronunciavit, eo consilio ut sententiam corrigat aut infirmet aut confirmet. At praeter hanc differentiam et alias non magni momenti necessario consequentes in processu *novae audientiae* ob non secutam provocationem ad iudicem superiorem, in ceteris requisitis hoc institutum convenit cum appellatione, praesertim in *effectu suspensivo*.

656. Denique *recursus* non una ratione differt ab appellatione, sed cum primis advertatur *recursum* assumi sub diversis significationibus. Aliquando assumitur pro ipsa *appellatione extraiudiciali* non habente *effectum suspensivum;* et talis *recursus* admittitur in causis, quae in earum executione retardari non possunt; et debet interponi *intra decem dies*, ex *cap. 8, h. t. in 6*, ab allato gravamine *extraiudicialiter*.

Proprius etiam *recursus* dicitur provocatio, quae fit tantum ad Sedem Apostolicam in nonnullis causis appellationem non admittentibus. Huius generis sunt sententiae latae ex informata conscientia. — Item causae quae *ab homine* nempe a *Rom. Pont.*, quippe superiore iure communi, delegantur, *appellatione remota*. Nam cavet Inn. III interpretatus hanc clausulam in *cap. 53, De appell. X:* « *Sed si appellans fuerit gravatus iniuste, gravamen huiusmodi per superiorem poterit emendari* ». At iste superior est ipse Rom. Pont. *delegans*, ad quem *recurrendum est* pro damni emendatione. — Idem Pontifex advertit, in *eod. cap.* tamen prohiberi tantum appellationem « *quae a iure non indulgetur expresse* ». Admodum adlaborant DD. in determinandis casibus appellationis a iure *expresse* indultae: cf. Schmalzgr. *h. t. n. 31*. Plura afferuntur *capita* quibus indul-

getur appellatio non obstante clausula - *appellatione remota* - a Pont. apposita. Isti sunt casus *demonstrative* indigitati, et sunt gravamina, quibus offenditur ipsum ius naturae, seu praepeditur ipsa naturalis litis agitatio; veluti defectus citationis, citatio in locum non tutum, exceptio suspicionis, non restitutio rei spoliatae, qua privatus non valet appellans spoliatus congrue se defendere; et ita porro. — Cf. quae diximus n. 93.

657. *Recursus* assumitur etiam magis proprie pro remedio *restitutionis in integrum* quotiescumque minoribus vel etiam maioribus, de causis respective legitimis et requisitis, a iure positivo conceditur quasi remedium extraordinarium. Hanc concedere potest ipse iudex contra suam sententiam eamdem *revocando*; tamen quia hoc nimis durum videtur, quippe redundare censetur in ipsius iudicis contumeliam, in more est idem remedium potius expostulare a iudice appellationis: cf. Bouix *Tom. II, p. 418.* Tunc tempus ad huiusmodi implorandum remedium est *quadriennium.*

658. Tandem *recursus* latissime sumi potest pro quacumque *supplicatione* summo principi oblata, non alicui iuris decreto innixa, sed tantum gratiae et principis humanitati commendata. Cf. *cap. 4, De in int. rest. X* (I, 41). Ita de huiusmodi recursu agitur in *Auth. Quae supplicatio C. De prec. Imp. offerend.*

Nihilo secius patet *recursum* fieri posse pro qualitate causarum tum ad summum principem, tum ad iudicem inferiorem, quotiescumque ea de re agatur, in quam iudex etiam inferior plenam habeat dispositionem, salvo semper iure tertii, cui iudex. principe supremo inferior, derogare non valet.

659. Denique advertatur huiusmodi remedia extraordinaria maxime discriminari a remedio appellationis ordinario; quia aliquando non habent effectum *devolutivum* seu provocationem ad iudicem superiorem, per se vero nunquam habent effectum *suspensivum.*

TITULUS III.

DE RE IUDICATA.

Huc referat. tit. 27, lib. II, X.

Summarium. — 660. *Res iudicata* habetur per sententiam quae amplius appellatione impugnari non potest. — 661. Hinc *res iudicata* ex *praesumptione iuris et de iure* pro *veritate* habetur. — 662. Nonnullae sententiae nunquam transeunt in rem iudicatam. — 663. Huiusmodi sunt sententiae quae laborant substantiali defectu. — 664. Verum quia nonnulli defectus partium ratihabitione sanantur, sententiae taliter nullae transeunt in rem iudicatam, si partes intra decendium non appellent. — 665. Aliae sententiae non transeunt in rem iudicatam, ob bonum spirituale aut publicum. — 666. Enumerantur huiusmodi causae. — 667. De effectibus rei iudicatae.

660. Res iudicata sumitur duplici ratione:

1) pro ipsa definitione controversiae quae sententiâ continetur, et ita *sententia* se habet *ad rem iudicatam* uti causa ad effectum;

2) sumitur pro ipsa sententia definitiva a qua non fuit appellatum intra decendium ad eam impugnandam constitutum, quaeque proinde debet executioni demandari; et apud canonistas ita accipitur communiter *res iudicata*, quia revera sententiae pronùnciatio non est firma, donec legitime valeat impugnatione infirmari.

661. Sententia quae transiit *in rem iudicatam* fruitur praesumptione *iuris* et *de iure*, quae amplius *directe* impugnari non potest, seu *res iudicata pro veritate habetur*. Fundamentum praesumptionis est duplex,

1) quia creditur iudex legitime omnia gessisse, donec a partibus contrarium demonstretur, ex *cap. 16, De sent. et re iud. X* (II, 27);

2) et quia partes tacite vel expresse renunciantes appel-

lationis remedio, praesumuntur approbare sententiam eique consentire, uti loquitur *cap. 15, De sent. et re iud. X, et cap. 8, De appell. in 6.*

662. Proinde auctoritas rei iudicatae viget, quando sententia appellatione amplius impeti non potest. Nonnullae vero causae nunquam dicuntur transire in rem iudicatam, quia utpote ipso iure nullae, etiam praeterlapso decendio, impugnari possunt querelâ nullitatis. Aliae vero quamvis validae, tamen vel ob intrinsecos defectus, vel ob suam specialem gravitatem, utiliter impugnantur, postquam etiam quis congruo appellationis tempore eisdem non contradixerit. Videamus enucleatius quaenam sint.

663. Cum primis sane transire non possunt in rem iudicatam sententiae ipso iure nullae, seu substantiali defectu laborantes, quia quod nullum est nullum producit effectum. Veluti si a iudice incompetente ratione *obiecti* aut *gradus,* per vim aut facti errorem, vel contra legis apertam voluntatem pronunciatae fuerint. Tunc per querelam nullitatis obtinetur ut nullae declarentur.

664. Verum in hoc propositum revocari debet quod nonnulli sententiarum defectus praesertim ad processum spectantes, etsi substantiales, a partibus sanari possunt, quique reapse censentur sanati, si intra decendium non fuerit appellatum. Sunt videlicet defectus bonum partium privatum attingentes, dummodo non agatur de periculo animae. Hac de causa ipsa querela nullitatis intra decendium interponenda est, quando nempe si non proponatur, praesumitur quis renunciasse iuri oppositionis et defectus sanasse; ita disserit Reiffenstuel, *De sent. et re iud. n. 125,* citans plures auctoritates probatissimis innixas argumentis; unde secutus Abbatem in *c. Iuravit n. 5, De prob.* ponit regulam, quod *ubi vitium sententiae per partes est remissibile, sententia illa transeat in rem iudicatam; secus alias.*

Sed equidem haec est *iuris praesumptio*, adeo ut si quis probare possit, se vitium sanare non potuisse, quippe illud ignorabat, elapso etiam decendio, admitteretur querela nullitatis. Quae de cetero nunquam conceditur, nisi causae praemissa summaria cognitione; siquidem est remedium extraordinarium: cf. Reiffenstuel *l. c. n. 136.* Hoc sensu intelligendi sunt canonistae communiter docentes non transire in rem iudicatam sententiam latam ex errore, vel ex causa falsa, vel ex falsis instrumentis, uti talibus postea detectis et probatis, item ex testimoniis testium corruptorum, si dein hoc aperte doceri possit. Huiusmodi enim defectus quippe ignotos ei cuius intererat, ab eodem haud praesumi potest sanatos fuisse. Cf. Reiffenstuel *l. c. 129 seq.*, Schmalzgr. in *eod. tit. n. 64.* Namque rei iudicatae auctoritas fundatur tota in praesumptione *iuris* et *de iure*, quae non admittit *directam contrariam probationem*, uti docuimus, admittit vero *indirectam* seu illam docentem deesse fundamenta praesumptionis, prouti fit, si ex. gr. probetur falsa esse instrumenta, quibus tantum innixus iudex sententiam edidit (1).

665. Item non transeunt in rem iudicatam sententiae ex quibus damnum caperet vel ipsa publica salus, vel bonum spirituale fidelium. Quae proinde sententiae vel ab initio nullae sunt, et tunc per querelam nullitatis obtinetur declaratio earumdem nullitatis, vel si validae extiterint, impetratur ut revocentur, vel apud ipsum iudicem qui sententiam pronunciavit, vel apud iudicem superiorem, iuxta ea quae in hoc propositum explicavimus, agentes de *querela nullitatis* et *de in integrum restitutione.*

666. Huiusmodi causae sunt:

a) Causa criminalis, in qua quum agatur praecipue *de bono publico*, si constet innocentem fuisse condemnatione perculsum,

(1) Verum non admitteretur querela nullitatis seu revocatio sententiae, si postea reperiantur *nova* instrumenta quibus *res iudicata* impetiri vellet; sententiae enim valor perpenditur *ex actis et probatis;* non ex *agendis* et *probandis.*

admittenda est revocatio sententiae per iudices ordinarios, vel saltem recursus excipiendus est a Principe ad iustitiae ordinem restituendum; cf. Reiff. *l. c.* et Pirhing *h. t. n. 50;*

b) Causae beneficiales; nam si adversus possessorem probetur nullitas tituli, seu vitiosus ingressus, revocatur sententia, etiam post decendium, ex *cap. 46 De appell. X;* saluti enim animarum quaecumque *praesumptio* cedere debet. Verum *caput 32 De elect. X* (I, 6) decernit causam beneficialem transire *in rem iudicatam;* et hoc intelligi debet de eo qui contradixit electioni. Nam hic non appellans a sententia electionem comprobante, postea amplius contradicere non valet. *Res* vero *iudicata* non habetur in praeiudicium Eccl. et in favorem beneficiati, ait Reiff. *l. c. n. 124.*

c) Item causae matrimoniales. Siquidem, quamvis pro validitate matrimonii tres conformes sententiae habitae sint, si postea exurgat valida probatio de existentia impedimenti dirimentis, haec admittenda est; nam ius divinum praevalet cuicumque iuri humano, nimirum ipsi praesumptioni *iuris et de iure* (1).

(1) Haec habet Reiffenst. *l. c. n. 120:* « Ceterum dictum istud quod sententia lata in causa mat. non transeat in rem iudicatam, tunc solummodo procedit quando ex illius sententiae observantia nutritur peccatum quod utriusque partis consensu non potest impediri, nec tolli quoad culpam; uti fit in proxime relatis casibus, ubi sententia lata contra legitimum matrimonium ex allegato falso impedimento vel pro valore mat. non obstante impedimento dirimente v. g. consanguinitatis partium consensu convalidari non potest. Glossa *fin. cit. c. Lator* et Abbas *ibid. n. 9.* Barbosa *n. 3 h. t.* allegans plures alios. Secus dicendum quando sententia fuit lata pro matrimonio quod nullum erat ex defectu per partes remissibili, puta ex defectu consensus ob gravem metum incussum, vel ex conditione servitutis ab altera parte antea ignoratae. Nam si a tali sententia intra decendium non fuerit appellatum, tunc ea transit in rem iudicatam, adeo ut partes de novo consentire debeant, suoque consensu (uti possunt) matrimonium convalidare; ac postea resilire volens non amplius sit audiendus, imo compellendus adhaerere alteri, cum absque peccato istud

Unde Bened. XIV in const. *Dei miseratione*, docet absque limitatione, § *11*, *sententiam in re mat. nunquam transire in rem iudicatam*.

667. *Nunc de effectibus rei iudicatae*. Primus effectus est

1) ut ius faciat inter partes, adeo ut etsi Summus Pontifex iudicet vel quisque alius eius nomine, talis sententia faciat ius particulare, nisi contrarium exprimatur *cap. 13 h. t.* § *Quamvis*, *X*.

2) Hinc « res inter alios acta nobis nec nocere nec prodesse potest ». Sed quia aliquando res inter alios acta, attingit ius alterius iudicio extranei, non semel accidit ut alteri noceat vel prosit, ut iam explicavimus.

3) Cum faciat ius inter partes firmum et irrevocabile, victori competit *actio rei iudicatae*, per quam petit sententiae executionem; et utrique parti competit exceptio *rei iudicatae* ad impediendam eiusdem causae introductionem. Proinde vis istius actionis et exceptionis constringitur necessario limitibus *rei iudicatae* seu controversiae taliter definitae; et tria sunt requisita quibus res iudicata continetur. Nempe constituitur:

a) quadam causa petendi,

b) quadam re petita,

c) inter certas personas. — Quare excipitur *exceptione rei*

possit facere renovato mutuo consensu ut dictum, Glossa, Abbas, Barbosa *ubi supra*. Covarruvias *part. 2 De mat. c. 8*, § *12*, *n. 78*. Sanchez *l. c. 7*, *diss. 100*, *n. 17* et alii ». Cl. Gasparri *De mat. II*, *n. 1202* approbat hanc limitationem regulae generalis. — Verum adverti debet maxime his in causis, et hisce nostris diebus audiendos esse coniuges, si probare velint et possint se reapse defectum non sanasse quem sanare aliunde poterant; non expedit enim hodie ob tam dissolutos mores id praestare in coniuges ut alter sit « *compellendus adhaerere alteri cum absque peccato istud possit facere renovato mutuo consensu* » ut ait Reiffenst. *l. c.* — Huic doctrinae videtur inhaerere S. Cong. Concil. quae probata mat. non consummatione de causis dispensationis non est admodum sollicita quum consulit SSmo pro dispensatione a mat. rat. et non consummato.

iudicatae quando vellet denuo instaurari lis *circa eamdem rem ob eamdem petendi causam*, *et easdem personas iuridice considerata*s. Dico « *iuridice consideratas* » quia non est eadem persona iuridica, quae antea *procuratorio* nomine, postea *suo nomine* de eadem re agit (1).

(1) Quoad iurisprudentiam S. Cong. Concilii in quaestiones respicientes rem iudicatam et causam appellationis plures decisiones utiliter conferuntur apud Pallottini *Op. cit.* ad rubricas § *1*, *Appellatio quando admittenda vel non*, § *2*, *Appellatio devolutiva vel suspensiva*, § *3*, *Appellatio quoad interpretationes. Tom. II*; ad rub. § *3*, *Attentata quando et quomodo dicuntur commissa. Tom. II*; item ad rub. *Lis citatio, processus, sententia. Literae compulsoriales, remissoriales, conservatoriales. Tom. XII*; *Pro recentioribus decisionibus*, cf. *Acta S. Sedis. Vol. IV, p. 373. Vol. VI, 526. Vol. VII, 398, 575. Vol. VIII, 613. Vol. XI, 32. Vol. XII, 634. Vol. XIV, 371. Vol. XVIII, 224, 369. Vol. XX, 515* et cf. nuperrimam causam Concordien. *Remotionis a paroecia*, 20 Febr. 1897.

TITULUS IV.

DE EXPENSIS IUDICIALIBUS.

Huc referat. tit. 11, 27, Lib. II, X.

Summarium. — 668. In iudiciis eccles. expensae occurrunt pro mercede cancellario, apparitori rependenda, pro alimentis et itinere testium, nec non advocatorum et procuratorum honorario. — 669. Quaestio expensarum est causa *incidens*, quae resolvitur in definitiva sententia vel in alia subsequente iudicium princ. — 670. Determinantur principia quibus expeditur quaestio expensarum tum in prima instantia tum in gradu appellationis. — 671. Statuitur quaenam expensae sint solvendae. — 672. Apud curias solent adesse determinatae taxae pro expensis, si non adsint, fit aestimatio aequo arbitrio iudicis. — 673. Si in alterutro litigantium *dolus* adfuerit, dolosus damnatur etiam in damna; et duo sunt potiores doli casus: 1) *casus contumaciae*; 2) *casus plus petitionis*. — 674. *De plus petitionibus*. — 675. Quaestio expensarum aliquando vertitur inter *unum ex litigantibus*, et alium *tertium*. Tunc expensae aestimantur iuxta communia iuris principia. — 676. In expensas vere *iudiciales* iudex etiam *ex officio* condemnat; alterius generis expensas solum ad *instantiam* illius cuius interest.

668. Quamvis ius canonicum gratuita iusserit esse iudicia, tamen expensae occurrunt in iudiciis agitandis tum ob honoraria advocatis et procuratoribus debita et nonnullas taxas cancellariis et aliis curiae ministris solvendas in expediendis actibus iudicialibus, tum ob sumptus alimentorum et itineris testium, partium collitigantium, peritorum etc. Iamvero quisnam ex litigantibus has expensas sustinere debet? Patet hanc esse quaestionem *incidentem* in quamcumque instantiam iudicialem.

669. Huic quaestioni iudex in sententia definitiva respondere debet, decernens in eadem quinam ex litigantibus et quanam mensura solvere expensas debeat. Verum si haec incidens quaestio nondum sit sufficienter instructa quando iam est parata

definitio causae principalis, ne diutius differat iudicii definitionem, sententiam definitivam pronunciare potest, sibi reservans postea decidendam incidentem expensarum controversiam. Vel melius decernere debet condemnationem expensarum, harum reservata taxatione ad tempus quo sententia principalis executioni demandetur: cf. Reiff. *De sent. et re iud. n. 207*. Revera ex aequitate iuris communis can. factum est, ut non semper in expensas victus condemnetur, sed tantummodo si temere litigaverit, quippe qui causam iustam non habuerit litem instaurandi. Aliquando vero generalis regula, *condemnationem in expensas esse poenam temere litigantium*, pluribus implicatur controversiis, quaeritur enim,

1) an quis merito vel immerito litigaverit, et

2) quaenam sit expensarum aestimatio facienda. Maxime quia aliquando etiam damnum alteri parti causatum aestimandum est.

670. In hoc propositum haec habeantur principia:

1) Regula generalis est quod victus victori in expensas condemnari debeat; ex *c. c. 5 De dolo et cont. X* et *4 De poenis X* (V, 37); et huius postremi capitis praescriptio est adamussim conformis intentioni iuris rom. cuius haec reddebatur ratio, nempe condemnationem fieri expensarum ad compescendam audaciam et calumniam temere litigantium, cum victus praesumatur ius litigandi non habuisse. Sed *praesumptio* cedit veritati, unde

2) statuitur *expensas compensari inter partes, si victus litigandi iustam causam habuerit*. Evincitur ex sensu contrario legum allatarum: ita communiter DD. Habet vero quis probabilem causam litigandi, quando ius revera obscurum erat, nec sine controversia declarari poterat. Sed haec est quaestio *facti*, quae pro casibus peculiaribus determinatur arbitrio iudicis. In dubio vero an litigans victus iustam habuerit litigandi causam, haud minus, praesumitur iustam causam non habuisse. Cf. Reiff. *loc. cit. n. 180*.

Praeterea expensae compensantur inter partes, seu non fit condemnatio expensarum si ex. gr. alteruter litigans in uno articulo iuste, in alio temere litigaverit; vel in causa partim victor, partim victus fuit. Verum iudicis aequo arbitrio remissum est declarare non solum, an victus temere vel minus litigaverit, sed etiam qua mensura temeritaris, ita ut condemnatio expensarum in ea quantitate fieri debeat, ut sit poena temere litigantis.

3) Quod statuitur de prima instantia, tenendum est quoque pro instantia appellationis.

Cum primis interposita appellatio in causa principali non suspendit decisionem iudicis inferioris quoad expensas. Iudex vero appellationis ipse pensare debet, an victus in causa appellationis victori in expensas sit condemnandus quasi temerarius litigator. Et condemnari deberet appellans, si ex nova instantia appareat, ipsum temere ad appellationis iudicium provocasse; et ipse appellatus victor in alia instantia, victus in gradu appellationis condemnandus est victori appellanti, si ex actis pateat, ipsum immerito favorabilem retulisse sententiam in prima instantia, iure autem meritoque fuisse damnatum in causa appellationis; ita docent omnes interpretes iuris communis; cf. Reiffenst. *loc. cit. n. 209 sq.* et Schmalz. *eod. tit. n. 121 sq.* (1) Appellatio vero vicissim interponi potest etiam a condemnatione in expensas, quippe est quaestio incidens, quae a sententia principalis causae definitiva corrigi non valet. Et iudex tum primae tum secundae instantiae de

(1) Hoc de *iure communi*, nam de iure peculiari etiam curiae rom. et S. Rotae Rom. aliud principium servatum fuit, nempe victum victori semper in expensas condemnandum esse: cf. Pellegrini, *Op. cit. P. II Sect. III, subs. I, n. 99* et De Luca, *De iud. Disc. 39, n. 10; at n. 11* advertit: « Mihi vero nunquam placuit iste stylus circa expensas, quoniam cum revera ista sit species poenae, hinc irrationabiliter videtur, ut ei subiacere debeat ille qui nullatenus delinquens vel criminosus dici potest ». Sed haec animad-

expensis *ex iure communi* sententiam ferre debet, quia huiusmodi condemnatio non necessario sequitur exitum victoriae iudicialis, sed maxime sequitur iudicis arbitrium quoad poenam temere litigantis.

671. Denique determinandum, quasnam in expensas fiat condemnatio. Distinguantur, hanc in rem *propriae expensae* iudicii a *damnis* parti inlatis alterius temeritate vel fraude. Expensae iudicii sunt illae quae *necessario* fieri debuerunt in lite agitanda: dicitur « *necessario* » nam excluduntur eae factae *voluptate* non *necessitate*, veluti si quis in itinere vel victu expensas fecerit suâ conditione vel iusto maiores. Expensae derivant maxime ex triplici capite:

a) ex honorariis tribuendis advocatis, procuratoribus, nec non ex moderatis taxis solvendis cancellariis pro exemplaribus actuum iudicialium et similium, et apparitoribus vel aliis tribunalis executoribus;

b) ex sumptibus factis in causa instruenda pro testibus producendis, peritis et similibus;

c) ex victu et vecturis, nempe ob expensas necessarias pro itinere et victu litigantium.

672. Apud curias solent adesse determinatae taxae praesertim pro advocatis, procuratoribus, notariis, apparitoribus, et tunc facilior est expensarum aestimatio. Pro aestimandis vero aliis expensis derivantibus ex testium productione, ex itinere et partium victu iudex decernet pro aequo arbitrio. Item proceditur quoad reliquas expensas, si non adsint taxae determinatae.

versio forsan est nimis *abstracta;* nam in praxi satius est ad evitandas innumeras lites et ambages, accipere *iuris et de iure praesumptionem*, nempe victum legitimam litigandi causam non habuisse. Idem principium statuitur in *cod. cit. Greg. XIV a. 605.* In iudiciis apud Cong. Rom. non fit repetitio expensarum, quia in hisce agitur de *dubiis iuris* et de exquirenda *authentica* interpretatione potiusquam de dubiis facti et iuris iudicialiter expediendis. Hoc saltem attenta primigenia SS. Cong. natura.

Utile est in his controversiis *iuramentum aestimatorium in litem; arg. cap. ult. De his quae vi metusve X* (I, 40) ex quo taxatio expensarum a parte cuius interest vel a iudice facta, confirmatur iuramento partis, quae indemnis fieri debet. Cf. *n. 464.*

673. Et in has expensas condemnatur victus, quando adest simplex temeritas absque dolo. Si adfuit dolus, tunc damnatur etiam *in damna* seu in interesse, scilicet non solum in expensas positive factas occasione iudicii, sed etiam in damna indirecte promanantia. Duo sunt casus potiores de quibus ius posit. expresse decernit, nempe:

1) casus contumaciae ex *cap. 5, De dolo et contumacia X*, et de hoc iam egimus;

2) casus *plus petitionis*, uti determinatur in *tit. De plus petitionibus, X* (II, 11).

674. Iure romano in plus petentes graviores poenae statutae erant: § *Si quis agens. 33. Inst. Iust. tit. De actionibus.* — Quis vero plus petit,

a) *causa,* si pro re in genere vel alternative debita petit rem determinatam, ex. gr. si cum debeantur 50 scutata vel equus, quis petit determinate equum;

b) *re,* qui petit 100 cum debeantur 50;

c) *loco,* qui petit solutionem in loco solutioni non determinato;

d) tandem plus petit *tempore* petens tempore solutioni non statuto. — Gregorius IX in hoc titulo poenas emollivit iuris romani statuens, plus petentem solvere debere adversario iudicii expensas et interesse in genere, seu quanti intererat in iudicio plus petitum non fuisse. In *specie* vero plus petentem *tempore,* decernit Pontifex, praeter expensas, habere duplicatas inducias solutionis. — Dein etiam consuetudo has praescriptiones magis mitigavit, siquidem nunc iure communi et ex praxi, plus petens *dolo*, victori condemnatur in expensas et interesse, sed si adsit sola temeritas vel nulla, observantur regulae ordinariae pro refe-

ctione expensarum, quas innuimus derivare posse ex correctione vel mutatione libelli. Nam plus petititio consummatur in libello, et ex libello determinatur.

675. Advertatur aliquando quaestionem expensarum componendam esse non solum inter partes litigantes, sed etiam inter unam partem et personas quae ei in iudicio operam impenderunt, quales sunt advocati, procuratores, non acquiescentes quantitati honorariorum ipsis attributorum, et tunc iudex incidentem quaestionem resolvat iuxta generaliora principia, appositas actiones, et istarum personarum iura. Cf. Leurenium, *tit. 27, Lib. II, q. 994 et seq.*

676. Adest haec notabilis differentia inter quaestionem expensarum determinandam inter partes litigantes, et determinandam inter extraneos. — Namque in prima hypothesi iudex *etiam ex officio* in expensas condemnare potest, seu quin praecesserit *instantia* illius cuius interest; imo consuetudo adest ut in sententia definitiva condemnatio expensarum determinetur absque *nulla* partium *instantia*, quippe hoc fluit ex actis in iudicio. E contra expensae de quibus quaeritur inter ligantes et aliam personam accessoriam in iudicio, non determinantur nisi ad *instantiam* interesse habentis.

SECTIO IV.

De executione sententiae.

Summarium. — 677. Sententiae *absolutoriae* positiva non indigent executione: saltem in *civilibus*. Sententiae condemnatoriae in *criminalibus* aliae secum trahunt executionem; aliae positivam obtinent executionem ministerio executoris. *In civilibus* voluntariam aut coactam exquirunt executionem. — 678. In *civilibus* executio pluribus gravibusque quaestionibus implicatur. Harum quaestionum natura breviter describitur. — 679. Huiusmodi controversiae si versentur in foro eccl. circa iura civilia, resolvuntur partim iure communi, partim iure civili peculiari aut iure consuetudinario. — 680. *Iudicialis* potestas finitur per sententiam: *executiva* autem se porrigit ad omnia iura quae executionem recipiunt ministerio iudicis. — 681. Quoad executionem sententiarum revocari debet, sententias esse iurium *declaratorias*. Inde pendet quaestio, an sententia habeat vim *retroactivam*. — 682. Ab executione sententiae uti ab executione ceterorum iurium datur etiam *tertii* appellatio.

677. Sententia quae transierit in rem iudicatam, vel quae fuit appellatione impetita, sed absque *effectu suspensivo*, executioni demandari debet. Verum nonnullae positiva non indigent executione, nempe sententiae *rei absolutoriae;* executio enim inest in ipsa re iudicata, vi cuius reus eximitur ab actoris impetitione, hanc in perpetuum repellens per exceptionem *rei iudicatae.* Hoc saltem in *civilibus;* in *criminalibus* enim absolutioni rei qui carcere detinebatur aut alia afficiabatur poena, succedit eius vindicatio in libertatem aut alterius iuris restitutio. Aliae vi sua necessariam secumferunt executionem, huiusmodi sunt in *criminalibus* sententiae *condemnatoriae*, quibus reus censura plectitur ecclesiastica; quippe censurae *secum trahunt executionem.* At *ordinario criminales sententiae* positivam et coactam seu in reluctantem aut invitum expostulant executio-

nem. Denique *in civilibus* sententiae *condemnatoriae* voluntariam vel coactam exquirunt executionem.

678. In *civilibus* executio sententiae condemnatoriae, sive voluntarie fiat sive coacte, non semel pluribus quaestionibus et quidem gravioribus implicatur. Iuvat per summa lineamenta adumbrare harum controversiarum naturam.

Fingatur exempli causa Caium, reum, condemnatum fuisse ad solvenda mille scutata Titio, actori. Supposito etiam casu *voluntariae solutionis* ex parte Caii, tamen exoriri potest quaestio quoad modum solutionis. Caius vellet solvere mille scutata, cedendo nonnulla credita seu actiones. Titius protestatur se tantummodo scutata aurea vel argentea in solutionem excepturum esse. Tunc Caius adit iudicem, petens se apud eumdem vel aliam personam velle deponere hanc summam, quam iniuste respuit Titius in solutionem; quo deposito facto se liberet ab obligatione. Iudex, nisi legitimae sint rationes creditoris respuentis hunc modum solutionis, admittit depositum, declarans Caium a debito solutum per rem depositam, quae deinceps si pereat, perit Titio seu creditori. Ita statuerunt leges romanae congruis servatis cautelis inductis etiam in hodiernos codices. Si vero Caius iniustam dicens condemnationem, protestetur se non soluturum, nisi adigatur ministerio iudicis executoris; aut solvere per se non possit, quia adsunt alii creditores sibi res mobiles vel immobiles vindicantes, tunc graviores et magis implicatae exoriuntur controversiae. Nam res *mobiles*, ne processus decursu dispareant, interim pignori vel sequestrationi supponendae sunt, et postea sub hasta vendendae iudicis auctoritate ex officio, si aliter debitor non solvat; pretium vero rerum distractarum inter varios creditores distribuendum est, habita ratione prioritatis tum temporis tum qualitatis crediti (1). Quae omnia ut peragan-

(1) In cod. cit. Greg. quaestiones executoriae ita adumbrantur a. 1141: « Processus relate ad executionem sententiarum comprehendit: 1) acta,

tur iudicialiter et auditis hinc inde interesse habentibus, nemo non videt quot actus iudiciales et quam diligentes necessarii sint. Quoad res autem *immobiles* non minores sunt ambages executionis. Cum enim procedi debeat ad alienationem immobilium coactam, aliquando iste actus potestatis executivae gravissimus pluribus difficultatibus obnoxius est, veluti ob hypothecas quibus suppósiti fuerunt fundi in securitatem omnium creditorum. In hac hypothesi non solum adhibendae sunt omnes cautelae in vendendis immobilibus sub hasta, ut consulatur iuribus creditorum et venditoris, sed inter varios creditores hypothecarios habenda est ratio qualitatis et temporis hypothecae, quia in istis fere semper *prior tempore potior est iure.* Nonnulla vero sunt credita privilegiata. Postea facienda est pretii percepti in venditione *gradualis* distributio inter creditores. Ita Iustinianus *in l. 8 Cod. Qui bonis cedere possint*, monet: « *In rebus, officio iudicis* partiendis suam vim singulis creditoribus habentibus, quam eis legum praestabit regula ». De his regulis potissimum cavetur in titulo: *De pignoribus et hypothecis*, C. et in alio: *Qui potiores in pignore habeantur* C. — Iudicia quae occurrunt ad haec peragenda, hodie dici solent *purgationis* hypothecarum et *graduationis.*

679. In foro ecclesiastico quoad causas civiles adoptantur regulae iuris romani in his quae respiciunt iura et obligationes ecclesiastici interni regiminis, utputa iura et obligationes beneficiarii quoad bona sui beneficii; in aliis veluti in relationibus civilibus clerici cum aliis civibus adhuc canones non dedignantur adiuvari civilibus hodiernis constitutionibus: cf. *Prooem.* § *3.* Verum maior difficultas est in executione coacta obtinenda ubi brachium saeculare non suppetit, et gladius censurarum spiritualis

controversias et redditiones rationum quae ex istis sequuntur; 2) acta coactiva vi sententiarum quae non respiciunt actiones pecuniarias; 3) sequestrationes executivas; 4) pignòrationes et alienationes rerum mobilium et immobilium, iurium aut actionum realium; 5) arrestum personale ».

praecipue in laicos non sufficit; tunc Ordinarii pro sua prudentia quod minus malum est eligant; cf. Bouix, *De iud. II, p. 244.*

680. Quia in executione sententiae illud quod primario attenditur est *ipsum ius* in sententia declaratum, duo consectaria attendenda sunt;

1) potestatem *iudicialem* finiri per sententiam definitivam eo sensu quo in *l. Iudex 55 ff. De re iud.* dicitur: « Iudex posteaquam semel sententiam (definitivam) dixit, postea iudex esse desiit et hoc iure utimur ut .... amplius sententiam suam corrigere non possit, semel enim sive male sive bene officio functus est ». Unde in sententia exequenda non exerit potestatem *iudicialem* sed *executivam*, et hinc *delegata iudiciali iurisdictione*, non exinde necessario intelligitur delegata etiam potestas sententiae executiva; quum una sine altera etiam exerceri valeat.

2) Exinde nonnulla competunt iudicis executioni etiam ab eo non iudicata; ita in potestatem executivam cadunt non solum sententiae et decreta iudicialia, sed omnia iura quae indigent executione (1).

681. Quoad iura autem quae continentur *in re iudicata* executioni demandanda adverti debet, sententiam iudicialem per se non constituere aut conferre *nova iura*, sed *iura controversa* declarare. Vis sententiae proinde *retrotrahitur* ad diem *litis contestatae;* seu a momento litis contestatae censentur iura in sententia declarari ut vim habeant ac si nunquam fuissent dubia aut controversa, nempe a suo exercitio prohibita. Quamobrem pro natura iuris declarati decernitur an nonnulli aliquando ha-

(1) Item ex iurisdictione voluntaria, quae est executivae species, iudex plura determinat et exequitur, ut puta in civilibus dat tutores, curatores, aperit testamenta et conficit inventarium, dividit bona successionis inter heredes etc.; in spiritualibus vero ordinat clericos, confert beneficia, immittit in bona beneficialia, dispensat ab impedimentis matrimonii, a votis et exequitur bullas, brevia, rescripta pro forma et auctoritate ei demandata a Summo Pontifice.

beantur effectus qui aestimantur a momento acquisiti iuris aut iuris prohibiti a suo exercitio, seu a libera fruitione.

Cum primis, legibus cautum fuit, possessorem a die litis contestatae non amplius esse *bonae fidei;* seu a lite contestata debere rem praestare ac fructus non secus ac possessor *malae fidei.* Hinc dicitur possessor m. f. *quoad effectum;* sed *causa* huius effectus non est m. fides, sed quasi *contractus* iudicialis quo partes litem contestando se obligarunt ad rem remittendam auctoritati sententiae et rei iudicatae. — Nihilominus aliquando vis rei iudicatae potest retrotrahi etiam ad tempus anterius iudicio, quando ius per sententiam declaratum tale est, ut aliquod emolumentum alteri parere debebat ei illegitime prohibitum a possessore qui per sententiam condemnatus fuit. Ita si fundus restituendus sit plura alia veniunt in restitutione, prouti explicabimus in apposito capite. Et hoc servatur sive res sit mobilis sive immobilis. Si e contra reus pro damnis illatis condemnetur ad praestandam certam summam, haec debetur cum fructibus computandis a die litis contestatae. *Cf. infra n. 695 seq.*

Verum aliquid novi producit res iudicata nempe *actionem iudicati;* unde iura quae sententia declarantur, urgentur ad suam executionem vi huius actionis, non vi actionis peculiaris cuiusque iuris; et hoc sensu dicebat Ulpianus in *l. 3, § 11, ff. De peculio: « ... ita iudicio contrahi; proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem ».*

682. Etiam tertius opponere se potest executioni sententiae, dummodo ille probet de suo iure atque praeiudicio ex sententia contra alterum lata sibi proveniente; arg. *cap. 17, De sent. et re iud. X* (II, 27). Nam vertente controversia intra Auriensem Episcopum ex una, et monasterium Novae Cellae ex alia parte super huius subiectione, Episcopus sententiam sibi favorabilem retulit. At superveniens Episcopus Ovetensis per suum Nuntium conquestus est, graviter suam Ecclesiam per dictam sententiam laesam fuisse, quippe ad istam dictum mo-

nasterium pertinere asserebat. Hac excepta querela, Papa iussit admitti appellationem Episcopi Ovetensis et sic decrevit: « *executio sententiae differatur, nec circa possessionem Ovetensis Ecclesia detrimentum incurrat* ». Haec praestat innuisse ut pateant limites quos inter versantur quaestiones sententiarum aliorumque id genus iurium executionem respicientes.

TITULUS UNICUS.

DE SENTENTIIS ALIISQUE DECRETIS EXEQUENDIS.

Huc referant. tit. 27, 29, Lib. II-X.

Summarium. — 683. In hoc titulo agitur 1) de competentia executoris; 2) et de modo executionis. — 684. Quoad competentiam distinguitur iudex sive ordinarius sive delegatus a *mixto* aut *mero* executore. — 685. Quid possit *merus*, quid *mixtus* executor. — 686. Quaeritur an iudex appellationis sententiam appellatam exequi valeat. — 687. An admittendae sint exceptiones aut appellationes contra executionem sententiarum. — 688. Huiusmodi quaestiones pertractantur *processu summario*. — 689. An appellatio ab executione admittat effectum suspensivum vel minus, pendet a generalioribus principiis. — 690. Modus executionis sive voluntariae sive coactae alius est in actionibus *personalibus*, alius in *realibus*. — 691. Media executionis *coactae*. — 692. Quomodo usus mulctarum opportunus sit. — 693. De duobus privilegiis clericorum quoad executionem sententiarum, nempe: 1) de privilegio *competentiae*; 2) de privilegio ex *tit. De clericis peregrinantibus*, X (II, 29).

683. In hoc titulo exponenda est ratio procedendi in exequendis sententiis iudicialibus aliisque decretis a iudice latis ad rectam iudiciorum ordinationem et executionem. — Quare agemus:

1) de executoris competentia;

2) de modo executionis.

684. Quoad competentiam executoris distinguitur ipse iudex sive *ordinarius* sive *delegatus* qui suam exequitur sententiam a *mero* aut *mixto* executore. De competentia iudicis *ordinarii* sive *delegati* in *executionem* suae sententiae vidimus suo loco n. 45.

685. 1) *Merus* executor ille est qui procedit ad certi iuris executionem absque ulla cognitione meriti quaestionis, cuius sententiam ipse suscepit exequendam. Unde *merus* executor

§ 3. *De officio iudicis delegati.*

§ 4. *De modis quibus cessat tum ordinarii tum delegati iudicis potestas.*

CAPUT III.

DE ADVOCATIS ET PROCURATORIBUS.

CAPUT IV.

DE ADVOCATIS.

§ unica. *De obligationibus et iuribus advocati.*

CAPUT V.

DE PROCURATORIBUS.

§ 1. *De potestate et officio procuratoris.*

§ 2. *Quinam procuratores constituere; quinam constitui possint; et quomodo mandatum procuratorium cesset.*

Caput VI.

DE ADVOCATO SEU PROCURATORE FISCALI.

CAPUT VII.

DE AUDITORE, ASSESSORE, ACTUARIO, SEU CANCELLARIO ET DE APPARITORE SEU NUNCIO.

§ unica. *De actuariis seu notariis et apparitoribus.*

TITULUS III.

DE ACTIONIBUS ET EXCEPTIONIBUS.

§ unica. *De mutuis petitionibus.*

CAPUT I.

DE ACTIONIBUS IN SPECIE.

§ 1. *De causa proprietatis et possessionis.*

§ 2. *De effectibus iuridicis facto possessionis attributis.*

§ 3. *De variis possessionis speciebus.*

§ 4. *De conceptu possessionis eiusque vi iuridica ex iure canonico.*

§ 5. *De interdictis retinendae possessionis.*

§ 6. *De Interdictis recuperandae possessionis.*

§ 7. *De hisce interdictis quoad iura spiritualia, praecipue matrimonialia et beneficialia.*

§ 8. *De novi operis nunciatione et de damno infecto.*

§ 9. *De cumulo actionum possessoriarum et possessorii cum petitorio.*

CAPUT II.

DE ACTIONIBUS PRODITIS AD ACTUS VEL NULLOS DECLARANDOS, VEL MINUS AEQUOS AD AEQUITATEM REDUCENDOS VEL RESCINDENDOS.

§ 1. *De alienatione facta causa mutandi iudicii.*

§ 2. *De actionibus doli metusve causa comparatis.*

§ 3. *De in integrum restitutione.*

Caput III.

DE EXCEPTIONIBUS IN SPECIE.

§ 1. *De praescriptionibus.*

§ 2. *De praescriptione quoad effectum extinctivum.*

§ 3. *De iudicialium instantiarum peremptione.*

TITULUS IV.

DE FORO COMPETENTI.

Caput I

DE PRIVILEGIO FORI.

Caput II.

DE IUDICIS COMPETENTIA DETERMINATA RATIONE TERRITORII.

§ 1. *De prorogatione competentiae.*

§ 2. *De prorogatione competentiae ex connexione causarum.*

§ 3. *De competentia vel dubia vel nulla.*

TITULUS V.

DE GENERALIORIBUS REGULIS IN PROCESSUS IUDICIALIS ORDINATIONE SERVANDIS.

CAPUT I.

DE ORDINE COGNITIONUM.

Caput II.

DE TEMPORE ET LOCO AD ACTA IUDICIALIA STATUTIS.

Caput III.

DE DILATIONIBUS.

Caput IV.

DE IURAMENTO CALUMNIAE SEU DE VERITATE DICENDA.

non potest videre et decernere de exceptionibus contra sententiam exequendam promotis; tamen sententiam vel decretum *manifeste* iniustum aut iniquum non potest demandare executioni, ne fiat correus alterius iniquitatis. Cf. *cap. 28, § 3, De off. et pot. iud. deleg. X;* et Schmalzgrueber, *De sent. et re iud. n. 104.*

Brachii saecularis ministerium praebetur cum potestate et officio *meri executoris.*

2) *Mixtus* executor est qui valet cognoscere de exceptionibus directe contra modum et vim executionis obiectis, sed exceptiones non potest iudicare ipsum meritum causae respicientes, quas tamen si admittendas esse arbitraretur, deberet remittere cognitioni iudicis competentis. Mixtus executor est, ex. gr. executor rescripti *gratiae* concessi *in forma commissoria.*

686. Praeterea ad competentiam executoris quod pertinet, duo quaerenda sunt. *Primum* an sententiam in appellationis gradu editam exequatur ipse *iudex appellationis*, an potius iudex *a quo* appellatum fuit. — Et respondemus cum communi DD., iudicem appellationis suam exequi sententiam, si sententiam appellatam correxerit. — Si hanc confirmaverit, non convenit inter DD. cuinam iudici executio competat, nonnullis autumantibus tunc exequi sententiam iudicem *apud quem* fuit appellatum; aliis contra opinantibus sententiam remittendam esse executioni iudicis *a quo:* cf. Schmalzgr. *l. c. n. 96.* — Leurenium *For. eccles. De sent. et re iud. q. 982, n. 3.* — Utraque opinio solido nititur fundamento. — At magis placet opinio quae tenet iudici *a quo* fuit appellatum competere executionem sententiae appellatione confirmatae. — Si vero sententiam appellatam iudex appellationis ne ad examen quidem admiserit, decernens obiectam appellationem excipiendam non esse, tunc explorati iuris est, huius sententiae executionem pertinere ad iudicem *a quo* fuit appellatum. Cf. Schmalzgr. *l. c. n. 96 seq.*

687. *Secundo* quaeritur, an exceptiones admittantur, nec non appellationes contra executionem sententiae, quae iam pertransiit *in rem iudicatam*. Et respondendum cum distinctione. — Si sententiam exequatur *merus* executor, nulla admittitur exceptio, quippe iste nullam habet potestatem *notionis*. Quod si ad superiorem appellatio interponitur, haec vim habet in *devolutivo* non *in suspensivo*. Siquidem *iudex* mandans sententiam per *merum executorem* exequendam, significavit istius executionem retardandam non esse. — Concederetur vero appellatio etiam *in suspensivo*, si per hanc impeti velit ipsa executoris potestas, quippe excesserit limites executionis: tunc enim non agitur de merito executionis, sed de potestate executoris.

Si executor sit *mixtus* aut ipse idem iudex *ordinarius* aut *delegatus*, plane non conceditur exceptio vel appellatio contra meritum causae iam definitae, et utraque repellitur exceptione *rei iudicatae;* admittenda vero est exceptio vel appellatio attingens ipsum negotium seu modum executionis; et ista cum *effectu suspensivo*. Cf. Leurenium *l. c. q. 991*.

688. Huiusmodi quaestiones exoriri possunt inter partes quae iudicio contenderunt, vel inter unam partem et tertium iudicio extraneum, uti iam innuimus.

Hae causae autem omnes pertractantur processu summario.

689. Non admittitur appellatio in *suspensivo*, si hanc non patiatur causa a cuius executione appellatur, iuxta dicta. Cf. Schmalzgr. *De appell. n. 22*, et De Luca, *De iud. Disc. 51, 52, 53.*

690. Denique dicendum est *de modo* executionis.

1) Si victus paratus sit ultro praestare ea in quae condemnatus fuit, tunc nullo opus est medio iudiciali executionis. Nihilominus ipsa voluntaria executio a iure communi quocumque auxilio legis destituta non fuit. Cautum enim est *in actionibus personalibus* concedi *quadrimestre* ad solvendum de-

bitum sententia confirmatum; et iudex, ex legitima causa, hoc tempus arctare vel protrahere valet. Cf. *cap. 15 De sent. et re iud. X.*

At in *actionibus realibus* edictum fuit, ipsam rem controversam statim, seu a momento quo *res iudicata* habetur, tradendam esse victori. Nam in *actionibus realibus* agitur de adiudicanda actori res a reo adhuc possessa; unde condemnato reo, hic non amplius est legitimus possessor, sed in actorem possessio rei controversae transferenda est. E contra in *actionibus personalibus*, quia reus exinde condemnatus est ad aliquid dandum, faciendum, praestandum, aequum non est eumdem ad rem praestandam mobilem vel pecuniam, quam forsan in sua possessione non habet, incontinenti adigere, quia reum « *debere statim solvere cum aliquo temperamento temporis accipiendum est; nec enim cum sacco adire debet* » nempe iudicium; ita loquitur textus *l. 106, ff. De solutionibus:* cf. *cap. 16 De off. deleg. X* (I, 29).

2) Quum victus actione sive *personali* sive *reali*, detrectat rem in quam condemnatus fuit praebere aut solvere, vel sententiae executionem impediunt eius creditores aut alii quorum interest, procedendum est ad coactam executionem.

Executio sententiae in debitis *personalibus* eo ordine facienda est ut quo minus fieri possit, reo noceatur, seu antea distrahendae sunt illae res quae minus directe inserviunt industriae et victui rei; et hoc suadet ipsa ratio naturalis, uti explicatur in titulo *De sequestratione.*

In *realibus* autem iam est certa res quae dari debet, et hinc nulli electioni aut praelationi circa obiectum executionis locus est.

691. Sed coacta executio obtinetur per media coactiva; huiusmodi sunt pignora, sequestrationes, venditiones sub hasta, divisiones et ita porro. — Brachium saeculare apud nos, item in Gallia adhuc obtinet iudex eccles. in exequendis senten-

tiis privationis beneficiorum, quae laica potestas recognoscit et tuetur. At iudici eccles. succurrunt, praeter temporalia, media spiritualia tum *in crim.* tum *in civilibus;* sed de hisce mediis prudentissime Trid. Concil. haec monet in *sess. 25 cap. 3 De reform.:* « Quamvis excommunicationis gladius nervus sit ecclesiasticae disciplinae et ad continendos in officio populos valde salutaris, sobrie tamen magnaque circumspectione exercendus est, quum experientia doceat si temere aut levibus ex rebus incutiatur, magis contemni quam formidari et perniciem potius parere quam salutem.... In causis vero iudicialibus mandatur omnibus iudicibus ecclesiasticis cuiuscumque dignitatis existant, ut quandocumque executio realis vel personalis in qualibet parte iudicii propria auctoritate fieri poterit, abstineant se tum in procedendo tum in definiendo a censuris ecclesiasticis seu interdicto; sed liceat eis si expedire videbitur, in causis civilibus, ad forum ecclesiasticum quomodolibet pertinentibus contra quoscumque, etiam laicos, per mulctas pecuniarias quae piis locis ibi existentibus eo ipso quod exactae fuerint, assignentur, seu per captionem pignorum, personarumque districtionem per suos proprios aut alienos executores faciendam, sive etiam per privationem beneficiorum aliaque iuris remedia procedere et causas definire ».

692. Hoc monitum apprime prae oculis habendum a iudice ecclesiastico quippe quod etiam pro hodiernis difficultatibus aditum aperit legitimae iustitiae administrationi maxime in causis clericorum. — Benedictus XIV in Opere *De syn. dioec. lib. 10, c. c. 9 et 10* commentatus praescriptiones Tridentinas fuse explicat salubrem usum mulctarum eumque inculcat ad efficaciter urgendas iudiciorum ordinationes, dummodo illarum proventus assignentur causis piis et ab earum usu cesset quaecumque turpis quaestus labes.

693. In causis executionum attendenda sunt duo privilegia pro clericis:

1) *privilegium competentiae* ex celebri *cap. Edoardus,*

3 De solutionibus X (III, 23) unde clericus in actionibus personalibus non provenientibus ex delicto vel quasi delicto et in quibus sine dolo se gessit, non potest cogi *ad cedendum bonis*, ne illi omnino desit congrua sustentatio;

2) secundum privilegium enunciatur in *tit. 29 De clericis peregrinantibus X* (II, 29) et magis determinatur in const. Eugenii IV sub *n. 3 De priv. inter extravagantes comm.* (V, 7). In hac constitutione sub poena nullitatis actorum Pontifex inhibet Ordinariis quibuscumque locorum et eorum commissariis ne contra officiales Sanctae Sedis in obsequis eiusdem existentes et quoscumque alios pro suis et eorum causis vel negotiis prosequendis ad Sedem Apostolicam venientes et durante negotiorum prosecutione penes eamdem commorantes et ab eadem recedentes, procedere aut in eos excommunicationis, suspensionis et interdicti aut privationis officiorum et beneficiorum seu quamvis aliam sententiam promulgare praesùmant. Sed huic constitutioni derogatum est expresse per Conc. Tridentinum quoad parochos illosque omnes qui beneficium obtinentes, cui adnexa est cura animarum residentiae legem non observant. Nam Concilium in *sess. 23, cap. 1 De ref.* statuit Episcopos posse procedere contra istos per omnia remedia iuris in non residentes comparata, nec executionem hanc posse suspendi praetextu residentiae in Curia vigore Eugenianae constitutionis.

Proinde constitutio Eugenii IV est specialis praescriptio quoad privilegium admodum extensum, et clericis et laicis concessum in titulo *De clericis peregrinantibus X* (II, 29), vi cuius peregrinantes Romam et Romam venientes litis introducendae vel appellationis causa, proteguntur in suis bonis ob effectum suspensivum necessario inhaerentem in litis vel appellationis pendentia; qui effectus suspensivus tantummodo deest quando explicite prohibeatur, uti factum est a Conc. Trid. in *l. c.* et in aliis appellationis causis, quibus tantum devolutivus non suspensivus effectus obtinetur.

Caput Unicum.

DE MODO EXEQUENDI REI ET FRUCTUUM RESTITUTIONEM.

Summarium. — 694. Sententia condemnatoria sive in possessorio sive in petitorio exigit rei et fructuum restitutionem. — 695. Res et fructus aliter restituit possessor b. f. et aliter m. f. possessor. — 696. Traduntur diversae fructuum species. — 697. Quomodo fructus restituat possessor m. f. — 698. Inopia possessoris excusat a restitutione. — 699. Quomodo vero fructus restituat possessor b. f. — 700. An possessor b. f. teneatur restituere fructus consumptos. — 701. A lite contestata omnes fructus in restitutione veniunt. — 702. Expensae vero diversimode reficiendae sunt possessori b. f. et possessori m. f.

694. In exequendis sententiis in iudiciis possessoriis aut petitoriis id agitur, ut rei possessio alii possessori vel ipsi domino tribuatur. Quare dispiciendum est praecipue, an in restitutione rei veniant etiam fructus, et an universi aut nonnulli tantummodo; et quomodo possessor de expensis in re possessa factis indemnis haberi debeat.

695. In restitutione duo veniunt, ipsum rei *corpus* et *fructus;* sed aliter haec restituit b. f. possessor, aliter m. f. possessor.

Quoad rei corpus, b. f. possessor hac ratione restituit, ne rem alienam detineat, quae naturali iure clamat ad dominum. Possessor vero m. f. ad restituendum cogitur, quia *furis loco* est; quare si res deterior sit facta vel casu perierit, hoc in restitutione aestimabitur.

696. At implicatior est inquisitio quoad fructus restituendos. — Fructus in genere est, *omnis obventio quae quovis modo a re aliqua percipitur;* sed ad rem nostram fructus sunt, *qui supersunt, deductis expensis, quae quaerendorum, colligendorum et fructuum conservandorum gratia fiunt.*

Fructus alii sunt *naturales*, alii *industriales;* naturales *qui naturâ producuntur nullo aut parvo hominis labore impenso*, ut fructus arborum, foetus animalium. — Industriales contra sunt *in quibus praevalet operi naturae industria hominis*, veluti segetes, vinum et praecipue pensiones domorum, curruum, qui solent dici etiam *fructus civiles*.

Fructus isti *percepti* aut non *percepti* seu *pendentes* sunt, prouti *opera* hominis collecti sunt, aut non. Percepti vero sunt *extantes*, si non conversi sint in usum; non *extantes* seu *consumpti* si iam in usum conversi sint. Sed iam *consumpti* dicuntur *aequivalenter extantes*, si ex consumptione quis ditior evaserit, seu si patrimonium auxerint consumentis; secus dicuntur nec *aequivalenter extantes*.

697. Possessor m. f. uti habet *cap. 11 De rest. spoliat. X* (II, 13) restituere debet rem et omnes fructus « *non tantum fructus a novo et violento possessore perceptos, sed quos (si eis possidere fuisset licitum) possessores veteres percepissent* ». Dubia vero quae exoriuntur in aestimandis fructibus perceptis vel non, et quoad percipiendorum taxationem, resolvuntur iuxta caput ult. *De iis quae vi metusve causa fiunt X* (I. 40) quo statuitur iuramentum *aestimatorium in litem*.

698. Verum accidere potest ut possessor rei restituendae impar sit, vel quia amisit eamdem, vel quia alia de causa domino satisfacere non valeat. prouti accidit Oveten. Episcopo, ex *cap. 16 De rest. spol. X* qui actione possessoria « *Redintegranda* » compulsus, restituere debebat fructus perceptos in quadam parte dioecesis Zamoren. in Hispania iniuste occupata; quod tamen perficere negabat Episcopus, quia ipse reapse fructus ex iis praediis nondum perceperat. Innocentius III consultus respondit (ibi) « Verum quoniam inanis est actio quam inopia debitoris excludit, mandamus quatenus non prius Episcopum ad restitutionem fructuum compellatis quam ipse fuerit taliter restitutus, ut restituere possit quod percepit de proven-

tibus alienis ». Eamdem rationem praebet *l. 6, ff. De dolo malo* « Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est ». Proinde contra possessorem m. f. si sit fur, poterit urgeri *actio furti*, sed non haec actio civilis *restitutionis rei et fructuum.*

699. Possessor b. f. vero quoad fructus *loco domini pene est*, ex *l. 48, ff. De acquir. rer dom.*, nempe: « *Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantum eos qui diligentiâ et operâ eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt* ». Haec legis postrema verba eleganter determinant quando possessor b. f. suos faciat fructus. Nam solet dici, huiusmodi fructus *percipiendo* suos facere, at haec perceptio non est perfecta fructus collectio seu utilitas, sed ipse actus quo *naturales* separantur ab ea re qua tenentur; *civiles* fructus percepti intelliguntur, quando ob temporis decursum certum fructum iam habent maturum, etsi nondum exactum iuxta probabiliorem sententiam: *civiles* equidem *in dies cedunt*, seu de die in diem aliquem afferunt fructum, proindeque dividuntur pro rata temporis; arg. *l. l. 1* Cod. *De petit. hered.* et *77, De rei vind.;* nam ipso iure tunc accrescunt domino vel possessori b. f. qui loco domini est.

Verum quia fructus non habetur, nisi sit sua ratione perfectus, et a re, a qua *immediate* producitur, separatus, si quis v. gr. agrum severit in b. f.; *fructus non iure seminis, sed iure soli* (a quo sunt producti) *percipiet;* ex *l. 25, ff. De usuf.*

700. At in lege cit. dicitur fructus: « suos *interim* facit »; quia quid iuris si dominus rem sibi vindicet? Quaeritur nempe in restitutione quinam fructus veniant?

Caute ita locutus est iurisconsultus, quia possessor b. f. non omnes suos facit in dominium; sed eos tantum consumptos seu nondum extantes, reliquos seu extantes quoque iam perce-

ptos restituet ex *l. 4,* § *2, Fin. reg.* et ex *l. 22, C. De rei vind.* Communissima haec est sententia iuris civ. interpretum. Contradicit Abbas in *cap. 2, De rest. spol. in 6*, et Reiffenstuel *eod. tit. n. 149* quia qua ditior evadit possessor b. f. ob fructuum consumptionem, ex re aliena cum aliena iactura ditescit, nisi restituat, quod est iuri naturae contrarium.

At nihilominus tenemus possessorem b. f. non debere fructus b. f. perceptos et consumptos restituere. Re quidem vera non hic agitur de iure naturali interpretando, seu de iuris constituendi philosophia, sed quaestio est de iure positivo. Iamvero de iure positivo romano ex *leg. cit.* iuxta sententiam interpretibus doctioribus communem, huiusmodi fructus possessor b. f. suos facit quasi dominus, ne pene infinitae instaurarentur lites ad determinandam qualitatem et fructuum quantitatem non existentium nisi aequivalenti modo, adeo ut post tot vicissitudines illorum aestimatio sane difficillima esset. Quare ad tollendas animorum anxietates optimo sane iure ius positivum hoc statuit, derogans iuri naturali restitutionis ob bonum publicum. Et hoc iure meritoque perfecisse ius positivum nemo inficias ibit qui admittat legitimas esse bonorum usucapiones et praescriptiones a iure positivo constitutas; quod denegat nemo.

Imo ius canonicum cupiens bonos cives anxietatibus non implicari et foro interno per legitimas fori externi leges consulere, luctam internum inter et externum forum, quantum fieri potest impediens, etiam pro foro conscientiae non dedignatur has amplecti legum dispositiones, prouti non reicit largiores quoque concessiones factas possessori b. f. in *cod. civ. Gallico art. 549; Ital. a. 703* et *Austriaco a. 300,* qui permittunt eidem retinere fructus perceptos b. f. adhuc extantes. Cf. d'Annibale *II, n. 241* (1). Et haec pro praxi tuta sententia est.

(1) At moralistae communiter contrariam tenent sententiam, quia non patiuntur quem posse fieri ditiorem aliena iactura, cf. Lehmkuhl *I, 948* et Ballerini *Tom. III, 221.*

Sed Doctores contrariam amplectentes opinionem ex ipso iure romano positivo argumentantur citantes *ll. 20 et 25, ff. De heredit. petitione* quas in suam sententiam detorquent. — Verum istarum legum sententia rem non conficit, quippe alio spectat; nam loquuntur de hereditate, scilicet de universitate bonorum in qua fructus eamdem augent: bonorum enim universitates constituunt unum ens morale, fictitium, suapte naturâ singulas res comprehendens earumque fructus, qui a re singulari separati reincidunt in ipsam bonorum universitatem, quoddam ens iuridicum per se consistens, efformantem.

701. Ratio ob quam possessori b. f. consumptos fructus non restituere indulgetur est ipsa bona fides; proinde si bonae fidei succedat mala, ex superveniente cognitione rei alienae, omnes fructus ab illo momento, non vero antea consumptos, restituet. In foro conscientiae haec obligatio moraliter urget; in foro externo potest urgeri etiam iudicialiter, si pateat bonae fidei malam supervenisse, idque probatum sit.

Bona fides autem semper praesumitur cessasse, *l. 25*, § 7, *ff. De hered. petit.* a tempore *litis contestatae.* Quare de iudicio revendicationis rei posses. quo a domino res evincitur, *lex 4*, § *2*, *ff. Fin. reg.* asserit, *b. f. possessores praestare fructus extantes*, *post autem litis contestationem*, *universos.* Imo *lex 25, cit.* § *7*, *De hered. petit.* advertit bonam fidem non intelligi post controversiam motam; ait enim: « Si ante litem contestatam, inquit (edictum Praetoris) fecerint; hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quinimo *post controversiam motam....* et hoc iure hodie utimur; coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur ...... » Verum contra animadverti potest, quandoque possessorem ea frui animi persuasione, ut, non obstante adversarii interpellatione sive ante litis contestationem, sive post litem contestatam, opinetur se iuste et legitime rem possidere.

Sed quaestio ita resolvenda est. Si possessor b. f. statim ac controversia ab adversario mota est, dubitare incipiat, rem possessam alienam esse, et haec possessoris mala fides probari possit in iudicio, cogetur huiusmodi possessor fructus restituere *a mota controversia* perceptos, etiam ante litem contestatam. Hoc dicit lex citata. Si vero controversia non moveatur, vel possessor b. f. hac non obstante, a sua persuasione non dimoveatur, tamen per litem contestatam constituitur in *mala fide* saltem *iuridica* seu quoad effectus iuris; quia quaecumque sit eius persuasio, quando res litigiosa per litis contestationem determinata fuerit, de eadem contendentes ita pacisci videntur, ut illi cum omnibus suis accessionibus adiudicetur, cui sententia favorabilis extiterit: in hoc consistit quasi contractus initus per litis contestationem (1).

702. Idem principium *neminem cum aliena iactura locupletem fieri debere* obligat dominum rem suam vindicantem ad refundendas expensas a possessore factas, quas et ipse in sua re fecisset, sive in ea conservanda sive in fructibus colligendis. Sed aliter computantur expensae in ipsa re factae, aliter in fructibus colligendis, prouti habet Ulpianus in *l. 3, ff. De impens. in res. dot.* § *1:* « *Nos generaliter definiemus multum interesse ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat; an vero ad praesentis anni fructum. Si in praesentis, cum fructibus hoc compensandum; si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum* ». Quare expensae in fructibus colligendis factae deducuntur ab ipsis fructibus eosque minuunt, adeo ut non intelligantur fructus nisi deductis expensis. Expensae vero in re factae, quae quodammodo perpetuae sunt

(1) Iam adverti sententiae vim retrotrahi ad mementum litis contestatae, et ab hac dimetiendos esse effectus rei iudicatae quoad rei et fructuum restitutionem; ob quasi-contractuum iudicialem.

quippe cum re coalescunt, non unius generis sunt, et aliter compensantur, uti modo dicemus.

Revera in primis quaecumque fuerit possessoris fides, possessor repetit *necessarias* seu « quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit » ex *l. 19, ff. De verb. signif.* Expensas vero *utiles*, quae nempe rem fructuosiorem reddunt, possessor b. f. repetet, quatenus rem meliorem efficiunt, ex *leg. iam cit. et l. 33, 48, ff. De rei vind.* vel quatenus ipse vere impendit, *l. 38, De rei vind.* prout minus est quod melioratum fuit aut quod fuit impensum. Ista relativa *aestimatio* a iudice facienda est, prouti « bonus iudex varie ex personis causisque constituet.... neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias », ex *l. 38, ff. De rei vind.*

Possessor m. f. quum sciens in alieno fundo expensas fecerit, quae natura suo fundo accedunt, ex communi DD. sententia potest eas tollere, si fieri potest absque rei praeiudicio, et nisi paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis, *l. 38, ff. De rei vind.* — *Voluptuarias* quae speciem dumtaxat exornant non etiam fructum au gent, ut sunt viridia, et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae, ex *l. cit. 79, De verb. signif.*, tum possessor b. f. tum m. f. repetere eatenus potest quatenus res impensae separationem recipiant, et hoc profuturum sit; nisi paratus sit dominus tantum dare quantum in his rebus tollendis est habiturus possessor; cf. *l. 38, ff. De rei vind.* et *l. 9, ff. De impens. in rem dot.* —

Haec sunt principia summae aequitatis, quae in foro eccl. acceptata fuerunt, et quibus etiam codices hodierni informantur.

INDEX RERUM

PROOEMIUM

PARS I.

De Iudiciis Ecclesiasticis Civilibus in genere.

SECTIO I.

Prolegomena in iudicia Ecclesiastica.

TITULUS I.

DE MODIS AD LITEM COMPONENDAM LEGITIMIS.

CAPUT I.

DE TRANSACTIONIBUS.

Caput II.

DE ARBITRIS.

Caput III.

DE IUDICIIS.

TITULUS II.

DE PERSONIS IN IUDICIO ECCLESIASTICO PARTEM HABENTIBUS.

CAPUT I.

DE ACTORE ET REO.

§ 1. *De his qui legitimam habent personam standi in iudicio.*

CAPUT II.

DE OFFICIO IUDICIS.

§ 1. *De cautelis a iure can. adhibitis ut iudices sint immunes a partium studio.*

§ 2. *De ratione qua iudex dubium ius interpretatur et facti controversi notitiam desumit.*

Caput V.

DE CONFIRMATIONE UTILI VEL INUTILI.

Caput VI.

DE ACTIS IUDICII ET ACTIS CAUSAE.

§ unica. *De actibus iudicialibus scripto vel oretenus vel mixto systemate confectis, et de audientiis vel secretis vel publicis.*

SECTIO II.

De iudicii introductione et instructione.

TITULUS I.

DE OBLATIONE LIBELLI.

TITULUS II.

DE CITATIONE.

§ 1. *De exceptionibus impedientibus litis ingressum.*

TITULUS III.

DE LITIS CONTESTATIONE.

CAPUT I.

UT LITE NON CONTESTATA, NON PROCEDATUR AD TESTIUM RECEPTIONEM VEL AD SENTENTIAM DEFINITIVAM.

TITULUS IV.

DE CAUSA PROBATIONIBUS INSTRUENDA SEU DE PERIODO LITIS PROBATORIA.

TITULUS V.

DE PROBATIONIBUS.

TITULUS VI.

DE CONFESSIONE.

TITULUS VII.

DE IUREIURANDO.

TITULUS VIII.

DE TESTIBUS.

§ 1. *De testibus admittendis vel excludendis.*

§ 2. *De examine testium et attestationum.*

§ 3. *De publicatione attestationum, de nova testium productione et de exceptionibus adversus testes.*

Caput I.

DE TESTIUM OBLIGATIONE AD FERENDUM TESTIMONIUM.

TITULUS IX.

DE PERITIA ET ACCESSU IUDICIALI.

Caput I.

DE PERITIA.

Caput II.

DE ACCESSU IUDICIALI.

TITULUS X.

DE INSTRUMENTIS.

TITULUS XI.

DE PRAESUMPTIONIBUS.

TITULUS XII.

DE CONCLUSIONE IN CAUSA.

TITULUS XIII.

DE QUAESTIONIBUS INCIDENTIBUS IN GENERE.

TITULUS XIV.

DE RECUSATIONE IUDICIS.

TITULUS XV.

DE TERTIO VENIENTE VEL VOCATO IN CAUSAM.

TITULUS XVI.

DE ATTENTATIS.

TITULUS XVII.

DE CONTUMACIA.

TITULUS XVIII.

DE SEQUESTRATIONE POSSESSIONUM ET FRUCTUUM.

TITULUS XIX.

DE TRANSLATIONE IUDICII DE UNA IN ALIAM PERSONAM ET DE RENUNCIATIONE INSTANTIAE AUT IURIS CONTROVERSI.

TITULUS XX.

DE IUDICIIS SUMMARIIS.

SECTIO III.

De iudicii definitione seu conclusione.

TITULUS I.

DE SENTENTIA IUDICIALI.

TITULUS II.

DE MODIS AD SENTENTIAM IMPUGNANDAM LEGITIMIS.

Caput I.

DE APPELLATIONIBUS.

§ 1. *De personis quibus appellare et de causis a quibus appellare non prohibetur.*

§ 2. *De modo procedendi in causa appellationis.*

Caput II.

DE QUERELA NULLITATIS SENTENTIAE ALIISQUE REMEDIIS AD SENTENTIAM IMPUGNANDAM EXTRAORDINARIIS.

TITULUS III.

DE RE IUDICATA.

TITULUS IV.

DE EXPENSIS IUDICIALIBUS.

SECTIO IV.

De executione sententiae.

TITULUS UNICUS.

DE SENTENTIIS ALIISQUE DECRETIS EXEQUENDIS.

Caput Unicum.

DE MODO EXEQUENDI REI ET FRUCTUUM RESTITUTIONEM.

IMPRIMATUR

Fr. Albertus Lepidi Ord. Praed. S. P. A. Magister.

Franciscus Cassetta Patr. Antioc. Vicesgerens.

ss / giii

5t / 8000

